

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 21/00 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 8 de junio de 2000, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN EN EL EXPEDIENTE ME 1999/1444 : COMERCIALIZACION POR PARTE DE TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. DE PRESTACIONES DESTINADAS A COLECTIVOS EMPRESARIALES SITOS EN DIVERSAS COMUNIDADES AUTONOMAS.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO.

Primero.- Mediante escrito con fecha 24 de septiembre de 1999, cuya entrada en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT) fue registrada en la misma fecha, la entidad RETEVISION, S.A. (en adelante

RETEVISION) ha puesto de manifiesto ante la CMT cierta conducta de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TESAU) en lo relativo a la comercialización de servicios de telecomunicaciones destinados a asociaciones de empresas sitas en las Comunidades Autónomas de Cataluña y La Rioja:

A) RETEVISION afirmaba que TESAU estaba ofreciendo a las asociaciones empresariales PIMEC-SEFES¹, CECOT², FER³ y AEMT⁴ servicios de telefonía fija en Grupo Cerrado de Usuarios (en adelante GCU) que vulneran la normativa de aplicación, pues dichas asociaciones empresariales no constituirían un GCU tal y como ha sido delimitado por el legislador, y el tipo de comunicaciones previstas en las ofertas superarían las que se pueden incluir en la categoría normativa de referencia, constituyendo en realidad servicios de telefonía fija disponible al público. TESAU estaría, por tanto, evitando someterse a la regulación tarifaria a la que está sujeta en la prestación de estos últimos servicios mediante el uso, en fraude de ley, de la categoría jurídica del servicio de telefonía en grupo cerrado de usuarios.

B) Asimismo, RETEVISION afirmaba que las ofertas efectuadas por TESAU constituyen un abuso de la posición de dominio que dicha operadora ostenta en el mercado nacional del servicio telefónico fijo disponible al público. Las referidas ofertas tendrían por objeto fidelizar a clientes corporativos (de gran consumo medio) e impedir la entrada de otros operadores en este segmento de mercado, siendo contrarias al Derecho de la Competencia en razón de los siguientes extremos:

- Las ofertas mencionadas se realizarían de manera discriminatoria y poco transparente.
- TESAU haría uso de las ventajas derivadas de su posición dominante: sus economías de escala y alcance, junto a los ingresos obtenidos del resto de los servicios y clientes.
- Se prevén descuentos adicionales por volúmenes de tráfico de larga distancia, atendiendo al consumo total telefónico de todos los asociados. Este tipo de descuentos conllevan un compromiso por parte de los asociados de proveerse únicamente de los servicios de telecomunicaciones de TESAU (cláusula de exclusividad).

¹ Asociación Empresarial "Petita i Mitjana Empresa de Catalunya-SEFES.

² Confederación Empresarial Comercial de Terrassa.

³ Federación de Empresarios de La Rioja.

⁴ Asociación de Empresas de Marketing Telefónico.

- Se empaquetan servicios de telefonía fija disponible al público, cuya prestación por parte de TESAU está sujeta a regulación tarifaria, junto con el suministro de otro tipo de servicios y productos cuyos precios no están sujetos a regulación administrativa.
- Se prevé la aplicación programas de retribución por publicidad en llamadas a números 900 de la operadora dominante.

Por todo ello, RETEVISION solicitaba la intervención de esta Comisión a los efectos de adoptar las medidas necesarias para que TESAU cesara en las prácticas antes mencionadas y en la comercialización de las ofertas referidas. Asimismo, el solicitante adjunta documentación relativa a las ofertas dirigidas a las asociaciones PIMEC-SEFES, CECOT y FER.

Segundo.- Al amparo de la habilitación competencial conferida por la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, así como por el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, y conforme a las previsiones de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPA), reguladora del ejercicio de las funciones públicas de la CMT, esta Comisión puso en conocimiento de los interesados, mediante escritos de fecha 5 de octubre de 1999, que, en virtud de la solicitud de intervención presentada ante la CMT, había quedado iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

Tercero.- Al amparo de la potestad conferida por el artículo 30 del citado Reglamento de la CMT, fue incorporado al escrito de notificación de apertura dirigido a TESAU un requerimiento en virtud del que se le solicitaba remitiese ciertos datos y documentos:

- Copia de los acuerdos formalizados (o de sus borradores, caso de no haber sido aún formalizados) por TESAU y las asociaciones empresariales PIMEC-SEFES, CECOT, FER y AEMT.
- Características de los productos ofrecidos: tipo de prestaciones, precio de los mismos, y demás condiciones de contratación. De ofrecerse varios servicios empaquetados en una única oferta comercial, se requería la aportación de información suficiente acerca de las condiciones de contratación individualizada de esos mismos servicios, en caso de ser dicha contratación posible.

- Características y duración de la campaña de comercialización de los productos en cuestión.
- Número de empresas que habían contratado hasta la fecha las ofertas de referencia, así como estimaciones de contratación futura en el corto plazo.

TESAU solicitó, mediante escrito de fecha 19 de octubre de 1999, una prórroga del plazo para dar contestación al requerimiento de información. La CMT, mediante escrito fechado el mismo día, comunicó a los interesados la concesión, al solicitante, de una prórroga de 5 días para cumplimentar dicho requerimiento.

La entidad requerida, mediante escrito de fecha 29 de octubre de 1999 (cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 2 de diciembre de 1999), procedió a contestar al requerimiento practicado y a efectuar las alegaciones que estimó oportunas. Tanto el contenido del escrito principal como los documentos anexos al mismo fueron declarados confidenciales por el interesado.

Cuarto.- En cuanto a RETEVISION, sobre la base del mismo precepto legal anteriormente citado, y mediante escrito de fecha 19 de octubre de 1999 (con salida registrada el 21 del mismo mes) se le requirió la remisión de cuanta información o documentación adicional pudiese aportar en relación a los hechos alegados en su momento.

En virtud de escrito fechado el día 3 de noviembre de 1999, la entidad requerida procedió a cumplimentar el trámite de referencia, volviendo a remitir la documentación inicialmente enviada, así como cierta información relativa a la última oferta de TESAÚ para la asociación CECOT. Asimismo, ponía de manifiesto que había tenido conocimiento de otras ofertas similares a las que originaron el presente procedimiento y destinadas a los colectivos empresariales Federación de Empresarios de Toledo, CEOE-CEPYME Cantabria, y Red Corporativa Asociación de Empresarios Cobo Calleja de Fuenlabrada (Madrid). Se aporta copia de los convenios concluidos con todos ellos.

RETEVISION concluía solicitando la ampliación de la solicitud de intervención presentada el pasado 24 de septiembre de 1999 respecto a estas tres nuevas ofertas de TESAÚ.

Quinto.- A la vista de la vinculación e identidad sustancial que presentaban las dos solicitudes de intervención presentadas por RETEVISION, esta Comisión procedió a incorporar la segunda de ellas al procedimiento incoado anteriormente, sobre la base de lo dispuesto por el artículo 73 de la LRJPA. Dicha actuación fue notificada a las partes mediante sendos escritos de fecha 30 de noviembre de 1999 (con salida registrada el día 3 de diciembre).

Sexto.- Asimismo y al amparo de lo previsto por el artículo 30 del Reglamento de la CMT, en el escrito dirigido a TESAU se solicitaba a esta compañía la remisión de los siguientes datos y documentos:

- Copia de los acuerdos formalizados (o de sus borradores, caso de no haber sido aún formalizados) con las asociaciones Federación de Empresarios de Toledo, CEOE-CEPYME Cantabria, y Red Corporativa Asociación de Empresarios Cobo Calleja de Fuenlabrada (Madrid).
- Número de empresas que habían contratado hasta la fecha las ofertas de referencia, así como estimaciones de contratación futura en el corto plazo.

TESAU solicitó, mediante escrito de fecha 13 de diciembre de 1999, una prórroga del plazo para dar contestación al requerimiento practicado. Un escrito de la CMT del día 15 de ese mes (con fecha de salida 16 de diciembre de 1999) comunicó a los interesados la concesión, al solicitante, de una prórroga de 5 días para cumplimentar dicho requerimiento.

La entidad requerida, mediante escrito de fecha 23 de diciembre, procedió a aportar la información y documentación solicitadas, declarando confidenciales tanto el escrito principal como los documentos anexos.

Séptimo.- Por su parte, la Agrupación de Operadores de Cable, A.I.E. (en adelante AOC) presentó ante esta Comisión un escrito fechado el día 14 de diciembre de 1999 (con entrada el día 17 de diciembre de 1999), en virtud del cual ponía de manifiesto la conducta de TESAU en lo relativo a la comercialización de servicios de telefonía en grupo cerrado de usuarios (en adelante GCU) dirigidos a asociaciones de empresas sitas en las Comunidades Autónomas de Asturias, Castilla y León y Galicia.

Conforme al escrito de la AOC, TESAU estaba ofreciendo los servicios de referencia a las asociaciones empresariales FADE⁵, FESTEL⁶, Cámara de Contratistas de Castilla y León, y CEC⁷, vulnerando, a juicio del solicitante:

A) La normativa reguladora de los servicios telefónicos en GCU, pues (1º) dichos colectivos no constituyen un grupo cerrado de usuarios tal y como lo delimita el legislador: no desarrollan actividad alguna en común y el único vínculo que presentan es su ámbito geográfico de establecimiento, sin que esté contemplada normativamente la posibilidad de incorporación progresiva de empresas al GCU; y (2º) los servicios incluidos en las ofertas no pueden ser englobados en la categoría de telefonía en GCU, sino que constituyen servicios telefónicos fijos disponibles al público: al amparo de la citada normativa sólo las comunicaciones entre miembros del GCU son posibles, estando excluidas las comunicaciones “*off-net*”.

B) Los descuentos previstos en las ofertas de constante referencia van más allá de las tarifas oficiales a las que al que está sujeta la citada operadora cuando presta servicios de telefonía fija disponible al público. En consecuencia, la actuación de TESAU infringe, asimismo, el principio de limitación tarifaria y constituye un fraude de ley (artículo 6.cuatro del Código Civil).

C) Igualmente, estima la AOC, se incurre en determinados comportamientos contrarios a la libre competencia, a saber : (i). TESAU se compromete a igualar la mejor oferta de precios que exista en el mercado, a sabiendas de que, en su condición de operador dominante sujeto, como se ha señalado, el principio de intervención tarifaria, puede no cumplir dicho compromiso, lo cual supone una deslealtad anticompetitiva prohibida por el artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia; (ii). el comportamiento de TESAU resulta predatorio, pues está directamente orientado a perjudicar de modo significativo a sus competidores, haciendo uso de medios que no están basados en una mayor eficiencia empresarial, sino en la posición de dominio que ostenta, lo cual hace sostenible en el corto plazo un sacrificio de beneficios que supondrá mayores ganancias en el medio y largo plazo; (iii). se aplica una política de descuentos selectivos destinados a los principales clientes que conduce, en el largo plazo, a la captación de los mismos, constituyendo una barrera de entrada al mercado.

⁵ Federación Asturiana de Empresarios.

⁶ Federación Empresarial Segoviana.

⁷ Confederación de Empresarios de A Coruña.

Por todo ello, la AOC solicitaba la intervención de esta Comisión a los efectos de incoar el oportuno expediente administrativo, adoptando asimismo medidas cautelares consistentes en la orden de cesación inmediata en la aplicación de los descuentos de referencia.

Octavo.- A la vista de la vinculación e identidad sustancial de esta nueva solicitud de intervención con las presentadas en su momento por RETEVISION, y de conformidad con lo establecido por el artículo 73 de la LRJPA, la CMT procedió a incorporar la solicitud de la AOC al procedimiento administrativo que estaba siendo instruido por esta Comisión. Ello fue comunicado a las partes mediante escrito de fecha 21 de diciembre de 1999 (con salida registrada el día 23 de diciembre).

Noveno.- Sobre la base de la habilitación competencial de constante referencia, se practicaron sendos requerimientos de información dirigidos a TESAU y a la AOC mediante escritos de fecha 23 de diciembre de 1999, sendos requerimientos de información.

A la luz del *petitum* formulado por la AOC y dado que, a la vista de la información que se aportase a la CMT, ésta pudiera estimar necesaria la adopción de las medidas cautelares instadas, se fijó un plazo de cinco días para que el trámite fuese cumplimentado.

A) A la AOC se le solicitó la remisión de cuanta información y documentación adicional sustentase los hechos alegados en su petición de intervención.

La entidad requerida, mediante escrito de fecha 29 de diciembre de 1999 (cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 30 de diciembre), procedió a contestar al requerimiento aportando al expediente copia de la circular remitida por la FADE a sus empresas asociadas, por la que se informa de los descuentos a los que podían acceder, así como copia de la información disponible al respecto en la página web de dicho colectivo empresarial.

B) A TESAU se le solicitó la siguiente información:

- Copia de los acuerdos formalizados (o de sus borradores, caso de no haber sido aún formalizados) con las asociaciones empresariales FADE⁸, FESTEL⁹, Cámara de Contratistas de Castilla y León, y CEC¹⁰.
- Número de empresas que habían contratado hasta la fecha las ofertas de referencia, así como estimaciones de contratación futura en el corto plazo.

TESAU interpuso, mediante escrito fechado el día 29 de diciembre de 1999 (cuya entrada en esta Comisión fue registrada el día 30 de diciembre), recurso de reposición ante la CMT contra el citado requerimiento de información, que fue a su vez reiterado, en los mismos términos y condiciones, en escrito fechado el 14 de enero de 2000 (con salida registrada el día 17 de dicho mes).

La entidad requerida procedió a contestar al requerimiento practicado mediante escrito de fecha 21 de enero de 2000 (registrado el día 24), aportando la documentación requerida, que fue declarada confidencial por el interesado. En el escrito principal, al que no se atribuyó carácter confidencial, TESAU efectuó una serie de alegaciones a las que nos referiremos, en lo que resulte esencial a los efectos de la presente Resolución, en apartados posteriores.

Décimo.- Con fecha 16 de marzo de 2000, los servicios de esta Comisión evacuaron el correspondiente Informe.

Decimoprimer.- Mediante sendos escritos de fecha 17 de marzo de los corrientes, la CMT dio trámite de audiencia a los interesados en este procedimiento. TELEFONICA, S.A. y la AOC no presentaron alegación alguna, mientras que TESAU y RETEVISION lo hicieron con fecha 5 y 10 de abril de 2000, respectivamente. Ambas entidades se ratifican y abundan sobre lo ya alegado, incorporando, no obstante, alguna nueva aportación cuyos elementos más significativos, a los efectos de este procedimiento, quedan recogidos oportunamente a lo largo de este Acuerdo.

⁸ Federación Asturiana de Empresarios.

⁹ Federación Empresarial Segoviana.

¹⁰ Confederación de Empresarios de A Coruña.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO.

A título meramente aclaratorio se señala que, a lo largo de esta Resolución, se hará referencia al contenido de los acuerdos concluidos en su momento por TESAU y diversos colectivos empresariales únicamente en la medida en que ello sea de todo punto necesario para fundamentar debidamente las conclusiones que alcance esta Comisión. Igualmente, se hará uso de aquellos datos que, por ser haber sido objeto de divulgación en medios de comunicación o resultar accesibles al público en general a través de páginas web, servicios de atención telefónica, etc., hayan perdido el carácter confidencial que pudieran haber tenido.

Se significa asimismo que esta Resolución no se pronunciará sobre las alegaciones efectuadas en su momento por TESAU respecto a las ofertas efectuadas por RETEVISION, S.A. y EUSKALTEL, S.A. para comunicaciones establecidas entre sus abonados, por constituir el objeto de un procedimiento administrativo distinto iniciado ante esta Comisión (ref. ME 2000/2004) y resuelto con fecha 6 de abril de 2000.

II.A. LOS ACUERDOS CONCLUIDOS : GCUs, PRESTACIONES Y CONDICIONES.

Las conductas objeto de análisis en este procedimiento se enmarcan en el ámbito de una serie de acuerdos marco (once) concluidos en su día por TESAU y diversas asociaciones/federaciones empresariales, relacionadas en el expositivo de HECHOS de la presente Resolución. Seguidamente haremos referencia a aquellos de sus elementos que proporcionan la necesaria y suficiente panorámica global de su estructura. Al margen de ciertas especificidades propias de cada uno de ellos, dichos acuerdos presentan, en términos generales, determinados denominadores comunes que resultan significativos a los efectos que aquí interesa. A ellos nos referiremos seguidamente.

(i). Destinatarios de las prestaciones y condiciones recogidas en los acuerdos.

Las prestaciones contempladas en los acuerdos de referencia, así como de las correspondientes condiciones, están destinados a determinados colectivos a los que las partes firmantes de los correspondientes acuerdos catalogan como GCUs. La configuración de esos grupos cerrados de usuarios presenta distintas modalidades a las que nos referiremos seguidamente. Cuatro son los escenarios contemplados :

- A. En la práctica totalidad de los supuestos cada uno de los GCUs está integrado por todas aquellas empresas que tengan la condición de miembro de las asociaciones o federaciones empresariales que han concluido el correspondiente acuerdo con TESAU.
- B. En el caso de uno de los acuerdos, el concluido por TESAU y CEOE-CEPYME CANTABRIA, el GCU al que están dirigidos los correspondientes servicios está integrado no sólo por las empresas que son miembros de la correspondiente asociación, sino también *por “(...) Las Entidades y Administraciones Públicas (...)”*.

C. Por lo que respecta otro de los acuerdos concluidos, el suscrito por TESAU y CEC :

C.a). se crean tantos GCUs como federaciones integren la asociación empresarial de que se trata. Cada uno de esos grupos cerrados de usuarios está constituido por la correspondiente federación y empresas asociadas a la misma.

C.b). igualmente, cada una de las empresas miembro de la asociación, junto con sus filiales, principales clientes, empleados que trabajen fuera de la sede social y proveedores, constituyen un GCU a los efectos previstos en el acuerdo correspondiente.

Por último, se señala que los GCUs a los que están dirigidos los servicios comercializados en el marco de los acuerdos de referencia son creados, en ocasiones, en virtud de los propios acuerdos, previéndose además la eventual y progresiva incorporación a los grupos de nuevos miembros a determinar por la asociación correspondiente.

(ii). Prestaciones y condiciones acordadas.

En líneas generales, las ofertas de servicios contenidas en los acuerdos se vertebran en torno a la prestación, por parte de TESAU, de supuestos servicios de telefonía en GCU, y al establecimiento de la correspondiente red corporativa. Los servicios telefónicos citados comprenden comunicaciones “on-net” y “off-net”.

En ocasiones se contempla, igualmente, la provisión de infraestructuras, medios y servicios para la adecuada satisfacción de necesidades de comunicación en los segmentos de datos y aplicaciones multimedia.

Asimismo, con frecuencia se identifican diversas áreas en el marco de las cuales las partes firmantes emprenderán actuaciones conjuntas : así, en materia de formación, asesoramiento, promoción, divulgación, ... La colaboración prevista está ordenada a posibilitar y favorecer el uso de los servicios de TESAU por parte de los clientes.

Finalmente, señalar que se contemplan diversas prestaciones adicionales a las que nos referiremos en el marco de apartados posteriores de este Informe, como también se hará referencia entonces a las condiciones económicas acordadas por las partes y a concretas cláusulas de diversa índole recogidas por determinados acuerdos.

II.B. EN CUANTO AL MARCO REGULADOR.

LOS RESPECTIVOS POSICIONAMIENTOS DE LAS PARTES.

(i). Alegaciones presentadas por los solicitantes.

A juicio de RETEVISION y de la AOC, la conducta objeto de controversia en el presente procedimiento vulnera doblemente la normativa sectorial de aplicación, como se indica a continuación.

A. En primer lugar, infringe la legislación reguladora de los servicios telefónicos en GCU, puesto que :

- Los colectivos empresariales a los que están dirigidos los servicios comercializados por TESAU no constituyen un grupo cerrado de usuarios en el sentido previsto por el legislador, puesto que no desarrollan ninguna actividad en común y el único vínculo que presentan es el de su ubicación geográfica;
- Las comunicaciones telefónicas cuyo establecimiento se comercializa van más allá de lo dispuesto en la normativa aplicable, en tanto que no se limitan a llamadas efectuadas entre los miembros del GCU, sino que se hacen extensivas a llamadas cursadas con terceros ajenos al mismo;
- Puesto que los colectivos de referencia constituyen tantos GCUs como asociados, la prestación de los servicios ofertados implicará la interconexión de los distintos grupos cerrados de usuarios a través de la red corporativa propia del GCU;

B. En segundo lugar, los solicitantes estiman que, a la luz de las consideraciones indicadas anteriormente, los servicios comercializados por TESAU no constituyen servicios de telefonía en GCU, como pretende el operador dominante, sino telefonía disponible al público. En consecuencia, y dado que los servicios de telefonía fija disponible al público que presta TESAU están sujetos al principio de intervención tarifaria, los solicitantes concluyen que este operador infringe la regulación de precios que sea de aplicación y no hace sino un uso fraudulento de la figura normativa del GCU, al objeto de poder obviar la limitación de tarifas referida.

En las alegaciones presentadas en el marco del trámite de audiencia, RETEVISION manifiesta que la conducta de TELEFONICA no resulta ser un comportamiento aislado, sino generalizado. Por tanto, a fin de prevenir futuros fraudes de ley y sin perjuicio de la adopción de otras medidas, se insta la publicación de una circular de la CMT relativa a los principios que deben regir las políticas especiales del operador dominante en materia de precios y descuentos, delimitándose asimismo el concepto de GCU y el tipo de comunicaciones que le son propias.

En este sentido, el interesado estima que, en lo atinente al operador dominante:

a). los principios aplicables a los servicios de telefonía disponible al público (transparencia, objetividad, orientación a costes y no discriminación) deben hacer extensivos en su aplicación a los supuestos de telefonía en GCU. RETEVISION hace uso de los artículos 6 y 24 de la LGT, 6 del Reglamento de Interconexión y de la Directiva 98/10/CE en apoyo de su posicionamiento.

b). ciertas prácticas han de ser objeto de prohibición en el circular de referencia, entre otras : descuentos discriminatorios, cláusulas de confidencialidad y primas de fidelización (compromisos de grupo; descuentos por volumen calculados sobre la base de facturación anual; descuentos en llamadas de larga distancia asociados al volumen de tráfico metropolitano; descuentos asociados a condiciones y ventajas correspondientes a segmentos de actividad en los que los operadores entrantes se encuentran en situación de clara desventaja competitiva).

(ii). Manifestaciones efectuadas por TESAU.

a). Sobre los objetivos perseguidos por TESAU con la comercialización de los servicios objeto de controversia : la compañía afirma que sus actividades no responden sino a la finalidad de satisfacer adecuadamente las necesidades de los clientes en el actual entorno competitivo. De ahí que algunos de ellos, como los colectivos empresariales involucrados en el asunto que nos ocupa, hayan optado libremente por la alternativa que ofrece TESAU en su calidad de operador global de telecomunicaciones.

b). En cuanto a la finalidad de la normativa reguladora del GCU : el operador estima que no fue sino adelantar los beneficios de la liberalización de la telefonía vocal para los colectivos que tengan la consideración de grupos cerrados de usuarios.

c). Respecto a la definición de grupo cerrado de usuarios :

Entiende TESAU que, a fin de posibilitar el logro de los objetivos apuntados en el párrafo precedente, el legislador optó por una definición amplia y dinámica de GCU. En consecuencia, y por lo que se refiere a los supuestos e) y f) de la noción que recoge el Reglamento de Interconexión, se posibilita la incorporación al grupo de nuevos miembros, así como su salida, requiriéndose además un único nexo con el GCU, a saber, la realización de una “*actividad en común*” (industrial/comercial), o la condición de “*filial*”, “*empleado*”, “*proveedor*” e incluso “*cliente*”.

Corresponde a este tipo de colectivos controlar y garantizar la pertenencia al GCU de las entidades para las que se solicita la prestación de los servicios. Si estas obligaciones se impusiesen al operador, ello requeriría conocer el contenido de las comunicaciones establecidas, con la consiguiente violación de su carácter confidencial. Los colectivos empresariales a los que se destinan los servicios objeto de controversia en este procedimiento, han aceptado asumir las necesarias responsabilidades a los efectos señalados.

TELEFONICA sostiene igualmente que sólo los miembros de cada GCU (promotor y asociados) están en disposición de saber si existe o no actividad común entre las empresas que forman parte de los colectivos de referencia. No es función del operador determinar cuáles de las empresas desarrollan dicha actividad. La calificación de la misma corresponde a los integrantes del grupo. A juicio del interesado, únicamente accediendo y analizando el contenido de las llamadas cursadas podría en verdad determinarse la existencia o inexistencia de la actividad en cuestión. TELEFONICA no puede conocer dicho contenido por la razón apuntada en el párrafo precedente : la preceptiva observancia de la normativa reguladora del secreto de las comunicaciones.

Asimismo, continúa alegando el operador, la legislación aplicable no requiere, a los efectos de que un GCU esté válidamente constituido, que la actividad en común sea la única que prestan todos los integrantes, ni que sea la principal actividad que estos llevan a cabo.

En razón de ello, estima TELEFONICA, los servicios ofertados en los correspondientes acuerdos no constituyen servicios de telefonía disponible al público y, en consecuencia, ni se incurre en vulneración tarifaria alguna ni procede analizar la *“supuesta fidelización de la inaplicación de unas tarifas que corresponden a un servicio distinto del que se presta”*.

d). En relación a las comunicaciones posibles al amparo de la figura del GCU :

A juicio de TESAU, podrán ser consideradas como comunicaciones de telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios las establecidas entre los miembros del GCU (*“on-net”*), así como entre estos y terceros ajenos al mismo (*“off-net”*). En ambos casos, tanto entre terminales de la red fija como entre terminales de las redes de móviles.

A esos efectos, el operador hace suyas las argumentaciones esgrimidas por los Consejeros de la CMT, Sres. Feito e Illera, en los votos particulares que acompañaron la Resolución adoptada por esta Comisión con fecha 16 de septiembre de 1999 (ME 19999/812).

e). Acerca de la habilitación de TESAU para prestar servicios de telefonía en GCU no sólo mediante el establecimiento de una red privada, sino también haciendo uso de recursos de su red pública (red privada virtual):

El operador sustenta dicha afirmación en el hecho de que dispone de los títulos habilitantes precisos para la prestación de telefonía en GCU y para la explotación de redes públicas, respectivamente. Se apoya asimismo en lo dispuesto por la disposición transitoria única, punto 3, apartado b), del Real Decreto 2031/1995, de 22 de diciembre, así como en la calificación contenida Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones, de fecha 16 de abril de 1998, parcialmente compartida, a juicio del interesado, por el correspondiente informe preceptivo de la CMT.

El interesado hace asimismo incapié en el hecho de que los clientes acordaron, en su momento, el establecimiento de diversas redes corporativas en el marco de los correspondientes acuerdos, para los fines previstos en los contratos.

CONSIDERACIONES DE ESTA COMISIÓN RESPECTO A LOS SERVICIOS TELEFONICOS EN GCU.

I. La figura normativa de los servicios telefónicos en GCU antes y después de la plena liberalización del mercado español de telecomunicaciones.

Cuando a través del Real Decreto 2031/1995, de 22 de diciembre, el legislador introdujo la categoría de los servicios telefónicos en Grupo Cerrado de Usuarios (GCU), catalogándolos además como “*servicios de valor añadido*” y disponiendo su prestación en libre competencia, lo hizo respondiendo a un propósito concreto : la necesidad y oportunidad de seguir avanzando, progresivamente, en el proceso de liberalización del mercado español de telecomunicaciones, iniciado pocos años antes a la luz de lo dispuesto por la Ley 31/1987, de 18 de diciembre, de Ordenación de las Telecomunicaciones (LOT). La actuación del legislador español respondía, en definitiva, a lo dispuesto por la Directiva comunitaria 90/388/CEE, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones. Así resultaba del preámbulo contenido en el propio Real Decreto.

La categoría normativa de los servicios telefónicos en GCU hizo su aparición en la etapa transitoria comprendida entre la vigencia de las estructuras monopolistas del sector español de telecomunicaciones y la plena apertura de éste. La regulación de esta tipología de servicios fue una vía que ciertamente posibilitó la entrada de segundos operadores en el mercado de los servicios de telefonía fija, con el consiguiente beneficio para el usuario. Efectivamente, cualquier entidad que obtuviese el título habilitante correspondiente podía prestar este tipo de servicios. Sin embargo, no eran servicios accesibles para el “*público en*

general”, como disponía el preámbulo del Real Decreto, y su prestación estaba sujeta a otras limitaciones contenidas en los artículos 1 y 2 del mismo texto normativo.

Constituyen pues una categoría a caballo entre la figura normativa del “*servicio final de telefonía básica*”, acuñada por el anterior entorno normativo y vinculada a un régimen de monopolio, y la categoría normativa del “*servicio telefónico disponible al público*”, introducida por la vigente legislación sectorial y ligada a una prestación de servicios en libre competencia.

La señalada evolución del mercado español de telecomunicaciones, desde el monopolio hasta su completa liberalización, ha tenido una ineludible y lógica repercusión en los conceptos y categorías normativas acuñados por la legislación anterior. En lo que al GCU se refiere, el legislador ha mantenido (Reglamento de Interconexión y Orden de Autorizaciones Generales) la figura de constante referencia. Pero dado que el vigente marco regulador prevé una total apertura del segmento de telefonía fija, debe necesariamente entenderse que la actual regulación de este tipo de servicios no puede, en buena lógica, responder a la finalidad descrita en párrafos anteriores.

La definición de GCU que recoge el Reglamento de Interconexión permite concluir que los grupos cerrados de usuarios, tal y como han sido concebidos por el legislador, presentan unas específicas necesidades de comunicación. Esta especificidad deriva :

- en el caso de una sola persona (física o jurídica) que se presta, en determinadas condiciones, el servicio a sí misma : de la ausencia de prestación a terceros.
- en el caso de colectivos : de la comunidad de intereses que únicamente concurre en los supuestos contemplados por el legislador.

Por consiguiente, debe entenderse que, en el actual entorno liberalizado, la regulación de la telefonía en GCU responde a la conveniencia de optimizar la adecuada satisfacción de las específicas necesidades de comunicación de los propios grupos cerrados de usuarios como tales.

II. Requisitos del servicio telefónico en GCU.

Como resulta de lo dispuesto en la legislación sectorial de aplicación¹¹ (Reglamento de Interconexión y Orden de Autorizaciones Generales), así como en la autorización general de tipo A que habilita a TESAÚ para prestar servicios de telefonía en GCU, la caracterización de un servicio como servicio telefónico en grupo cerrado de usuarios deriva de la conurrencia cumulativa de ciertos requisitos a los que ya hizo referencia en su momento la Resolución de la CMT de fecha 16 de septiembre de 1999 :

- A. Que el colectivo al que se esté ofertando o prestando el servicio en cuestión pueda ser catalogado como “*grupo cerrado de usuarios*” en el sentido previsto por la definición que recoge el Anexo del Reglamento de Interconexión, encajando en alguno de los supuestos contemplados.
- B. Que las comunicaciones cuyo establecimiento sea objeto de oferta o prestación sean las previstas por el legislador en los artículos 3.uno y 11.uno de la Orden de Autorizaciones, así como en el correspondiente título habilitante, no superando los límites allí establecidos.

(i). En cuanto a la condición de ciertos colectivos empresariales como “*grupos cerrados de usuarios*”.

De acuerdo con la definición contenida en el Anexo del Reglamento de Interconexión, “*Grupo Cerrado de Usuarios es el constituido por :*

¹¹ Respecto a la alegación de TESAÚ sobre la vigencia del artículo 2.uno del Real Decreto 2031/1995, de 22 de diciembre, por el que se regula el servicio de valor añadido de telefonía vocal en grupo cerrado de usuarios, cumple remitirse a la reciente Resolución de la CMT de 18 de mayo de los corrientes, la cual pone de manifiesto, en esencia, que “ (...) **la vigencia del Real Decreto 2031/1995 (en aquellos aspectos en que éste no había sido directamente derogado por la LGTel) finalizó al entrar en vigor la Orden de Autorizaciones Generales, conforme a lo previsto en la Disposición Transitoria de la LGTel. Asimismo, debe señalarse que en el actual marco legislativo, ninguna norma (ni la citada Orden de Autorizaciones, ni el Reglamento de Interconexión, al cuál se remite, ni, en definitiva, la propia Ley General de Telecomunicaciones) contiene una disposición que recoja el contenido del citado artículo 2. Uno del Real Decreto (...)**”.

a). Una persona física o jurídica que utilice el servicio para sí misma, excepto en los siguientes supuestos :

1.º Que los servicios de telecomunicación se presten dentro de una misma propiedad privada, no utilicen el dominio público radioeléctrico y no tengan conexión al exterior.

2.º Que los servicios de telecomunicación, establecidos entre predios de un mismo titular, no utilicen el dominio público radioeléctrico y cuya conexión se realice exclusivamente, a través de líneas susceptibles de arrendamiento.

b). Agrupaciones formadas por una Administración pública territorial de las relacionadas en el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la Administración institucional dependiente de cada una de ellas.

c). Un grupo de sociedades, entendiendo éste en los términos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.

d). El formado por entidades sin ánimo de lucro, para las comunicaciones que desarrollen entre sí o con sus miembros para la consecución de finalidades y proyectos comunes.

e). El formado por quienes desarrollen una actividad en común para las comunicaciones derivadas de su ejercicio.

f). El formado por las empresas, sus filiales y empleados que trabajen fuera de la sede social, principales proveedores y clientes para las comunicaciones que desarrollen dentro de su actividad industrial o comercial.”

En el supuesto que nos ocupa, y como ya ha sido señalado en el apartado II.A., los servicios objeto de comercialización están dirigidos a determinados colectivos a los que las partes firmantes de los correspondientes acuerdos catalogan como GCUs. La configuración de esos grupos cerrados de usuarios presenta distintas modalidades que han sido descritas en su momento.

En esta tesitura, ¿cabe considerar a los colectivos de referencia como GCUs en el sentido de lo previsto por el Anexo del Reglamento de Interconexión?

Respecto a los colectivos contemplados en el apartado II.A., punto A.

[Cada uno de los GCUs está integrado por todas aquellas empresas que tengan la condición de miembro de las asociaciones o federaciones empresariales que han concluido el correspondiente acuerdo con TESAU].

A juicio de esta Comisión no quedan englobados en ninguno de los supuestos previstos por el legislador :

- Supuesto contemplado en la letra a) : estamos en presencia de colectivos destinatarios de concretas prestaciones a cargo de un tercero, sin que concurra pues el necesario carácter unipersonal y el preceptivo régimen de autoprestación.
- Supuesto recogido en la letra b) : los integrantes de los distintos GCUs son entidades de derecho privado que no forman parte de la Administración Pública, en sus distintos niveles considerada.
- Supuesto contemplado en la letra c) : los colectivos de referencia no constituyen “*grupos de sociedades*” en el sentido previsto por el artículo 42 del Código de Comercio. Este precepto hace referencia a aquellos supuestos en los que una sociedad mercantil (“*dominante*”) es socio de otras sociedades mercantiles (“*dominadas o dependientes*”) y se encuentra con relación a éstas en alguno de los supuestos siguientes:
 - posee la mayoría de los derechos de voto.
 - está facultada para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
 - puede disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
 - ha nombrado exclusivamente con sus votos la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñan su cargo en el momento en que deben formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores.
- Supuesto recogido en la letra d) : concurre ánimo de lucro por parte de los integrantes de cada grupo.

- Supuesto contemplado en la letra e).

El concepto de “*actividad común*” no es de ninguna manera un concepto omnicomprendivo. No estamos ante una categoría residual que resulte apta obviar los límites previstos por la legislación, englobando todas aquellas situaciones que no tengan cabida en otros supuestos. De ser cierta esa hipótesis, el legislador no habría incorporado a la definición de GCU el resto de la casuística recogida en el Anexo del Reglamento de Interconexión. La noción de actividad común disfruta de consistencia propia y ha de ser entendida como aquélla que, desempeñada por todos los miembros del grupo, es inherente a la configuración de éste, constituyendo el elemento central en el que reposa la identidad del colectivo, su razón de ser; el núcleo entorno al cual está constituido el grupo cerrado de usuarios. Esta concepción no identifica necesariamente actividad común con nociones como actividad principal, actividad única o actividad económica/industrial de cada uno de los integrantes. Responde a la filosofía que inspira la regulación de la categoría normativa de GCU en el actual entorno liberalizado, expuesta en un subapartado precedente.

En el caso que nos ocupa, esta Comisión ha tenido acceso a los contratos concluidos en su momento por TESAU y las diversas asociaciones empresariales implicadas. En virtud de esos acuerdos, las partes proceden a la constitución de los denominados GCUs, delimitándose igualmente su configuración e incorporándose además las diferentes ofertas de servicios, política de precios y descuentos a seguir, ventajas adicionales y cláusulas de diversa índole.

Se observa que en ningún momento se hace referencia a una proyectada labor conjunta por parte sus integrantes. Las únicas previsiones de cooperación acordadas (en materia de márketing) no pueden considerarse actividad común en el sentido expresado en párrafos precedentes, sino un mecanismo de colaboración entre la asociación empresarial que corresponda y el proveedor de los servicios de telecomunicación ofertados (ambos ajenos al grupo), a fin de dar a conocer a los destinatarios de las ofertas dichos servicios.

Se observa igualmente que, conforme a los citados acuerdos, la condición de miembro del grupo viene dada por la pertenencia a una asociación empresarial determinada. Este vínculo asociativo es el elemento que determina la estructura del colectivo y constituye el núcleo en torno al cual se vertebraba el establecimiento del grupo. Nótese que no conlleva el desarrollo de una actividad común por parte de los miembros del colectivo en el seno de éste. Implica, eso sí, que todos ellos se acogen a la labor de defensa de los respectivos intereses que la asociación está llamada a desempeñar, y que supone el ejercicio de una concreta actividad. Dicha actividad no es llevada a cabo por los

integrantes de la agrupación, sino por ella misma, la asociación, que constituye una entidad jurídica diferenciada de cada uno de sus representados. La adhesión de cada empresa a la asociación que corresponda no tiene por objeto ni se traduce en el ejercicio de una actividad común junto con el resto de los asociados. Tiene lugar a los efectos de canalizar más adecuadamente la protección de los intereses propios. Las actuaciones que de ello puedan derivar las asume la asociación como tal. No sus miembros, ni individual ni conjuntamente.

En esta tesitura, los integrantes de cada una de las agrupaciones consideradas son agentes económicos que operan en un determinado segmento de actividad y que no presentan con los restantes más vínculo, a los efectos que aquí interesa, que la ubicación de su sede social y el vínculo asociativo ya mencionado. Cada una de ellas se dedica al desarrollo de su concreta actividad económica. (Véase la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, en lo relativo a las asociaciones empresariales)¹².

A la luz de los contratos concluidos, las diversas agrupaciones no se vertebran alrededor de una actividad a desarrollar por todas las empresas que formen parte del grupo. No puede estimarse que la identidad de esos grupos, como se manifestaba anteriormente, se asiente en una labor conjunta que constituya el elemento central en el que repose la existencia misma de los colectivos. La razón de ser de los distintos grupos no sería el desarrollo de una actividad común. En realidad, podría entenderse que la existencia de los colectivos creados se sustenta en la decisión de hacer partícipes a sus miembros de ciertas condiciones en la prestación de servicios de telecomunicaciones, haciéndose uso de su condición de empresas asociadas a concretos colectivos.

- Supuesto recogido en la letra f) : la composición de los colectivos se limita a la empresas asociadas, sin extenderse a filiales, empleados desplazados, principales proveedores y clientes.

En cuanto al supuesto recogido en el apartado II.A., punto B.

[El GCU al que están dirigidos los correspondientes servicios está integrado no sólo por las empresas miembro de la correspondiente asociación, sino también por “(...) *Las Entidades y Administraciones Públicas* (...)].

¹² La Disposición derogatoria de la Ley Orgánica 11/1985, de 3 de agosto, de Libertad Sindical, establece que permanece vigente la regulación que contiene esta Ley en lo relativo a las asociaciones profesionales y, en particular, a las asociaciones empresariales.

El colectivo de referencia no encaja, como se verá, en ninguno de los apartados de la definición contenida en el Reglamento de Interconexión. Efectivamente (y dejando al lado los supuestos de autoprestación, que no vienen al caso), su composición no se limita a las administraciones públicas de la letra b : se trata a todas luces de un colectivo de estructura híbrida que, por el perfil que presentan sus integrantes, carece de la homogeneidad necesaria para estimar que existe un GCU válidamente constituido.

Tampoco estamos, por razones evidentes, ante un supuesto de los recogidos en el artículo 42 del Código de Comercio (letra c). Asimismo, está presente ánimo de lucro por parte de aquellos miembros que son entidades empresariales (letra d) y quedan excluidos del ámbito del colectivo filiales de dichas empresas, empleados desplazados, principales proveedores y clientes (letra f).

Respecto a la posibilidad de que se lleve a cabo una actividad común en el seno del grupo, se observa que tampoco en este caso el contrato correspondiente contempla en ningún momento el desarrollo de una actividad conjunta por parte de los miembros del denominado GCU. A la luz del acuerdo de referencia pueden alcanzarse las mismas conclusiones que han sido puestas de manifiesto en párrafos anteriores : no puede entenderse que el grupo integrado por empresas asociadas y entidades/administraciones públicas se vertebre alrededor de una actividad a desarrollar por todas ellas. No puede estimarse que la identidad de este colectivo se asiente en una labor conjunta que constituya el elemento central en el que repose la existencia misma de la agrupación. La razón de ser del denominado GCU no sería el desarrollo de una actividad común, sino que respondería más bien a la decisión de posibilitar el acceso de sus miembros a ciertas condiciones en la prestación de servicios de telecomunicaciones.

En relación a las modalidades señaladas en el punto C.

[Son las recogidas en otro de los acuerdos concluidos :

C.a). se crean tantos GCUs como federaciones integren la asociación empresarial de que se trata. Cada uno de esos grupos cerrados de usuarios está constituido por la correspondiente federación y empresas asociadas a la misma.

C.b). igualmente, cada una de las empresas miembro de la asociación, junto con sus filiales, principales clientes, empleados que trabajen fuera de la sede social y proveedores, constituyen un GCU a los efectos previstos en el acuerdo correspondiente].

C.a). Este tipo de colectivos no pueden quedar englobados, por las mismas razones que han sido expuestas anteriormente, en los supuestos contenidos en las letras a), b), c), d) y f) del Anexo del Reglamento de Interconexión.

- Efectivamente, estamos ante agrupaciones destinatarias de servicios a prestar por un tercero ajeno a ellas; sus miembros no pertenecen a la Administración Pública, en sus diferentes niveles considerada; no concurren los elementos previstos por el artículo 42 del Código de Comercio para entender que estamos ante un “*grupos de sociedades*”; existe ánimo de lucro por parte de las empresas asociadas y el ámbito de cada uno de los colectivos no comprende filiales de dichas empresas, empleados desplazados, principales proveedores ni clientes.
- Por lo que se refiere al supuesto recogido en la letra e), tampoco en esta ocasión el contrato correspondiente contiene referencia alguna a una proyectada actuación por parte de los miembros de cada grupo. A la vista del acuerdo, no puede estimarse que el factor que presta identidad a esos colectivos sea la existencia de una actividad común en el seno de los mismos, que la constitución y existencia mismas de cada agrupación reposen en el desarrollo de una labor conjunta en el marco de lo que se denomina GCU. El contrato de constante referencia pone de manifiesto que en la configuración de cada grupo está presente como elemento fundamental el vínculo asociativo que une a las empresas con cada una de las federaciones. Dicho vínculo no conlleva el ejercicio de la actividad de continua referencia. Como ya ha sido señalado en relación a un supuesto anterior, implica, para cada federación, la defensa de los intereses respectivos de los asociados, los cuales, desde esta perspectiva, son agentes económicos que operan en el ámbito de una concreta rama de actividad propia.

También en este caso podría concluirse que la razón de ser de la creación y existencia de cada uno de los grupos considerados no es el desarrollo de una actividad común, sino la decisión de hacer accesible a sus miembros la aplicación de una serie de condiciones en la prestación de servicios de telecomunicación.

C.b). Esta última modalidad resulta ser el único colectivo que encaja en la definición proporcionada por el legislador, concretamente en el supuesto contemplado por la letra f) de la definición normativa de constante referencia.

Las consideraciones expuestas permiten concluir que los colectivos objeto de análisis no constituyen grupos cerrados de usuarios en el sentido previsto por la definición recogida en el Reglamento de Interconexión. No concurre pues uno de los elementos que determinan la calificación de un servicio telefónico como telefonía en GCU. Y ello con independencia de que las

comunicaciones ofertadas y establecidas sean o no las propias de la categoría normativa que nos ocupa (véase a este respecto el apartado siguiente). Nótese en este sentido que, como ya ha sido apuntado, la concurrencia de los requisitos que caracterizan este tipo de servicios es cumulativa. En consecuencia, los servicios de telefonía fija cuya valoración es objeto de análisis en este procedimiento (llamadas “*off-net*”) no pueden ser catalogados como servicios telefónicos en grupo cerrado de usuarios.

(ii). En cuanto a la condición de ciertas comunicaciones como propias de los servicios telefónicos en GCU.

La Orden de Autorizaciones fija en sus artículos 3.uno y 11.uno ciertas limitaciones a las que está sujeta la prestación de los servicios telefónicos en GCU. Así, a los efectos que aquí interesan, se excluyen del ámbito de la categoría normativa que telefonía en grupo cerrado de usuarios :

- la prestación del servicio telefónico disponible al público y la interconexión de varios grupos a través de su red.
- la realización de comunicaciones telefónicas entre diferentes GCUs utilizando la red pública telefónica.
- el establecimiento y comercialización, a través de la red del grupo, de comunicaciones entre terminales conectados a puntos de terminación de redes públicas por las que se preste el servicio telefónico disponible al público, a menos que aquellos formen parte de un mismo grupo cerrado de usuarios mediante técnicas de red privada virtual implementadas en dichas redes.

Estas limitaciones, recogidas igualmente en las Autorizaciones Generales de tipo A que habilitan para la prestación de servicios telefónicos en GCU, permiten alcanzar una serie de conclusiones que ya fueron puestas de manifiesto por esta Comisión en su Resolución de 16 de septiembre de 1999 y respaldadas por la Resolución de 18 de mayo de 2000 :

- a) las únicas comunicaciones permitidas al amparo de una autorización de tipo A son las puramente internas, las establecidas entre los miembros del grupo (“*on-net*”), con independencia de que se realicen a través de una red privada, o utilizando una red pública bajo técnicas de red privada virtual, con la cautela de que estas técnicas deben garantizar la seguridad e integridad de la red pública utilizada.

- b) se entienden excluidas, por el contrario las comunicaciones establecidas entre los miembros del GCU y terceros ajenos a éste (*“off-net”*). En caso contrario, se estaría vaciando de contenido la letra y el espíritu al que responde la legislación sectorial de aplicación, en el sentido referido anteriormente: a saber, posibilitar la adecuada satisfacción de las específicas necesidades de comunicación que presentan quienes se ciñen a los perfiles previstos por el legislador, y solo ellos. La especificidad de dichas necesidades deriva de la comunidad de intereses que únicamente concurre en esos supuestos. Ahí radica la identidad propia de esta categoría de servicios, frente a aquellos destinados al público en general.
- c) el establecimiento de comunicaciones que vayan más allá del ámbito interno del grupo no puede calificarse de servicio telefónico en GCU, sino de servicio de telefonía disponible al público cuya prestación no puede efectuarse en el marco de una Autorización General de tipo A, conforme a lo previsto por los preceptos normativos anteriormente señalados y por las condiciones contenidas en la autorización citada.

Se observa asimismo que:

- El servicio consistente en el establecimiento de las llamadas *“off-net”* de constante referencia, en tanto que servicio telefónico disponible al público distinto de la telefonía en GCU, constituye una prestación diferenciada que está sujeta a un concreto régimen jurídico y (en el caso de operadores dominantes) tarifario.
- La provisión de dicho servicio requerirá disponer de una licencia individual de tipo A o B, o bien de una autorización provisional de reventa que habilite para la comercialización correspondiente. Véase en este sentido la ya citada Resolución de la CMT de 18 de mayo de los corrientes.
- Cuando se presten al mismo cliente servicios de comunicaciones *“on-net”* y *“off-net”*, ambos deberán ser objeto de comercialización y facturación independientes y netamente diferenciadas.
- En el supuesto de que el proveedor de las llamadas *“off-net”* esté sujeto al principio de intervención tarifaria, atendiendo a su posición en el segmento de la telefonía fija disponible al público, los precios que se apliquen a dichas comunicaciones serán los previstos en las disposiciones normativas que en cada momento estén en vigor. Los aplicables a las

comunicaciones puramente privadas serán los que libremente fije el operador en cuestión. [Véase el punto (iv) de este mismo apartado, así como las conclusiones alcanzadas al respecto en la ya citada Resolución de 18 de mayo de 2000].

Las conclusiones expuestas, que ratifican las Resoluciones de 16 de septiembre de 1999 y de 18 de mayo de los corrientes, no permiten concluir que se haga prácticamente inviable la prestación de telefonía en GCU, ni que dicha prestación requiera obtención de una licencia individual de tipo A o B. Es la prestación de telefonía disponible al público (y como tal ha sido calificado el establecimiento de comunicaciones “*off-net*”) la que requiere disponer de una de las licencias señaladas, o bien de una autorización provisional de reventa que habilite para la comercialización de los servicios que están siendo considerados.

Asimismo, nada impide que un mismo operador, con vocación de proveedor global (figura ésta cada vez más frecuente en el actual entorno competitivo), suministre de forma integrada las comunicaciones internas y externas de un cliente que constituye o forme parte de un colectivo configurado como GCU de acuerdo con los supuestos previstos por el legislador. En ese caso, y a la luz de las conclusiones hasta ahora puestas de manifiesto, la provisión de ambos tipos de servicios al cliente requeriría disponer de una autorización general de tipo A (para las comunicaciones “*on-net*”) y de alguno de los títulos, ya indicados, que son necesarios para la comercialización de servicios de telefonía fija disponible al público (en el caso de las llamadas “*off-net*”).

En el caso que nos ocupa, tanto de los acuerdos concluidos por las partes como de las alegaciones presentadas por TESAÚ, resulta que los servicios de telefonía fija objeto de comercialización implican el establecimiento de comunicaciones tanto entre miembros de los supuestos GCUs como entre estos y terceros ajenos a ellos.

En consecuencia, y a tenor de las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes, se estima que las comunicaciones establecidas entre los integrantes de los denominados grupos cerrados de usuarios y quienes no forman parte de los mismos (comúnmente conocidas como llamadas “*off-net*”) no son las propias de un servicio telefónico en GCU, sino de la telefonía disponible al público. Tampoco concurre por tanto el segundo elemento exigido por el legislador sectorial para la calificación de un servicio de telefonía fija como servicio telefónico en grupo cerrado de usuarios : el establecimiento, únicamente, de aquellas comunicaciones que son propias de dicha categoría normativa conforme a los parámetros ya señalados.

A mayor abundamiento, y en lo que se refiere a la caracterización como servicios telefónicos disponibles al público de las comunicaciones de constante referencia, conviene reiterar las conclusiones alcanzadas por la CMT en su reciente Resolución de 18 de mayo de 2000 :

“Subtipo b.1 : Si el servicio de telefonía en GCU se prestara entre terminales asociados a puntos de terminación de redes públicas mediante técnicas de RPV¹³, la naturaleza pública de la red a la que se encuentra conectado el PTR no se ve alterada por la creación de una red privada virtual para la prestación de los servicios de telecomunicaciones corporativas, en aquellas llamadas que se produzcan fuera de dicho ámbito corporativo, dado que dicha red privada virtual tiene existencia únicamente para aquellas llamadas que tienen lugar entre miembros de un mismo GCU, siendo transparente para aquellas llamadas realizadas fuera de dicho ámbito.

Es decir, el servicio de comunicaciones entre terminales conectados a puntos de terminación de red pública correspondientes a miembros de un GCU y con destino a abonados que no pertenecen a su mismo GCU cumple todos los requisitos básicos para su caracterización como servicio telefónico disponible al público (transporte directo, conmutación en tiempo real y origen y destino en una red pública conmutada de telecomunicaciones entre usuarios).

Por lo tanto, el establecimiento de dichas llamadas requiere de la concurrencia de un operador con título habilitante que preste el servicio de telefonía disponible al público sobre la red pública a la que se encuentra conectado el PTR¹⁴”.

(...)

Subtipo b.2 : Si el punto desde el cual se inician las comunicaciones "off-net" estuviera conectado a una red privada, el prestador del servicio de telefonía en GCU deberá solicitar un acceso normalizado o especial, según proceda, a una red

¹³ Como hemos apuntado, este es el caso previsto en el apartado 1.d) del artículo 11 de la Orden de Autorizaciones, en el cual, frente a la regla general que se establece, por la cual se prohíbe al prestador del servicio de telefonía en GCU establecer o comercializar a través de su red comunicaciones entre terminales conectados a puntos de terminación de redes públicas por las que se preste el servicio telefónico disponible al público, se hace una excepción (y por tanto se permite este tipo de comunicaciones) cuando dichos terminales pertenezcan al mismo GCU y las mismas se realicen mediante técnicas de RPV.

¹⁴ En el caso de que la titularidad del prestador del servicio telefónico en GCU coincidiera con la del operador del servicio telefónico disponible al público, para cursar las llamadas "off-net" no sería necesaria la intervención de aquellos elementos de la infraestructura del operador de la red pública (p.e., bases de datos) dedicados a la prestación del servicio de telefonía en GCU mediante técnicas de RPV.

pública de telecomunicaciones que le preste el servicio telefónico disponible al público necesario para completar las comunicaciones solicitadas. Las llamadas "off-net" originadas en terminales asociados a puntos de la red privada y con destino a abonados conectados a redes públicas de telecomunicaciones sobre las que se presta el servicio telefónico disponible al público, transitarían por la red privada hasta el PTR que el prestador del servicio de telefonía en GCU tiene con la red pública de telecomunicaciones¹⁵. A partir de ese punto el servicio de comunicaciones tiene idénticas características que el servicio telefónico disponible al público que el operador presta a cualquier abonado conectado a la red pública a través del correspondiente PTR.

El usuario recibe, pues, un conjunto de servicios que se compone de un servicio de comunicaciones en red privada desde el punto donde se inicia en la red privada hasta el PTR donde se conecta el prestador del servicio de telefonía en GCU a la red pública de telecomunicaciones, y del servicio telefónico disponible al público prestado por el operador entre los PTR del prestador y el PTR del abonado destino de la llamada”.

Por último, procede hacer referencia a una de las alegaciones aducidas por RETEVISION en su inicial escrito de solicitud : a juicio de este operador, “(...) *al constituir las asociaciones a las que va dirigida la oferta varios grupos, tantos como asociados, se estarían vulnerando los dos preceptos a seguir en la prestación del servicio telefónico en grupo cerrado de usuarios, como son el de no interconectar varios grupos entre sí a través de su red y el de no prestar el servicio telefónico disponible al público, en tanto en cuanto las comunicaciones telefónicas entre grupos de la asociación constituirían un servicio de telefonía disponible al público y no en grupo cerrado de usuarios*”.

La documentación de que dispone esta Comisión revela que uno de acuerdos objeto de análisis en este procedimiento establece tantos GCUs como colectivos estén adscritos a la correspondiente asociación empresarial, estando integrado cada uno de ellos por cada una de las federaciones sectoriales adscritas a la dicha asociación y sus entidades asociadas.

¹⁵ Conforme se establece en la citada definición de punto de terminación de red del Anexo de la LGTel (V. nota 4, supra), el punto de acceso entre una red privada o un grupo cerrado de usuarios y una red pública de telecomunicaciones constituye un Punto de Terminación de Red, ya sea de tipo normalizado (ofrecido a la generalidad de los usuarios) o especial (Cfr. art. 24 LGTel.).

El acuerdo en cuestión prevé el establecimiento de, entre otras, “(...) *llamadas cursadas entre sí por los componentes del GCU* (...)”. Esta previsión no permite, en rigor y respecto al concreto supuesto contemplado, presumir la interconexión de los diferentes grupos cerrados de usuarios ni el establecimiento de comunicaciones entre los mismos a través de la red corporativa propia del GCU. Efectivamente, en el acuerdo se hace referencia a las llamadas establecidas entre los miembros de los distintos GCUs, no entre estos entre sí. TESAÚ, por su parte, niega con carácter general el uso de red privada para la interconexión entre GCUs, y la CMT no tiene constancia alguna en sentido contrario.

(iii). Otras consideraciones.

Como ya ha sido indicado en el apartado II.A., los (pretendidos) GCUs a los que están dirigidos los servicios objeto de comercialización son creados, en ocasiones, en virtud de los propios acuerdos concluidos por las partes (TESAÚ y asociaciones empresariales), previéndose además la eventual y progresiva incorporación a los grupos de nuevos miembros a determinar por la asociación correspondiente. En relación a estos extremos cabe manifestar ciertas consideraciones de carácter general que son aplicables igualmente al caso que nos ocupa :

A. El artículo 11.uno de la Orden de Autorizaciones impone a los operadores la obligación de describir los grupos cerrados de usuarios a los que irá dirigida la correspondiente oferta de servicios. La literalidad del precepto conduce indudablemente que estimar que, en principio, la figura del GCU debe responder a un modelo de configuración suficientemente estable, identificable y existente con anterioridad a la prestación del servicio. Tanto la previsión contenida en la citada Orden como la interpretación a la que conduce tienen su última razón de ser en la finalidad a la que responde la categoría normativa de los servicios telefónicos en GCU en el nuevo entorno liberalizado : posibilitar la adecuada satisfacción de las específicas necesidades de comunicación que presentan quienes se ciñen a los perfiles previstos por el legislador, y sólo ellos.

En esta tesitura, la progresiva incorporación de nuevos miembros a un GCU, con posterioridad a la prestación del servicio, será conforme a las exigencias señaladas en el párrafo precedente cuando dicha adhesión sea un mero incremento en el número de integrantes, y no una alteración sustancial de la configuración inicial del GCU, es decir, una modificación de su identidad o perfil.

B. El establecimiento de un GCU en virtud del mismo acuerdo que prevé la oferta y prestación de los servicios correspondientes carece, en principio y *per se*, de relevancia a los efectos que calificar como servicio telefónico en GCU un determinado servicio de telefonía fija. Con independencia de cuál sea la fórmula de creación de un grupo cerrado de usuarios, su establecimiento deberá asegurar en todo caso la finalidad a la que se ha hecho referencia anteriormente : posibilitar la adecuada satisfacción de las específicas necesidades de comunicación que presentan quienes se ciñen a los perfiles previstos por el legislador, y sólo ellos. Es decir, deberán concurrir, cumulativamente, los requisitos de constante referencia a lo largo de esta Resolución.

(iv). Servicios de telefonía disponible al público y regulación tarifaria.

Las conclusiones alcanzadas a lo largo de este apartado II.B. permiten estimar que los servicios de telefonía objeto de análisis en el presente procedimiento (llamadas “*off-net*”) no constituyen servicios telefónicos en GCU, sino de telefonía disponible al público. La distinción practicada no es en absoluto baladí, a la luz de las consideraciones que se exponen seguidamente.

En el actual entorno competitivo, la prestación de servicios telefónicos fijos disponibles al público presenta, a los efectos que aquí interesa, una significativa particularidad : está sujeta a un concreto régimen de regulación de precios aplicable a los operadores que ostenten la condición de dominantes. Y ello con carácter coyuntural, transitorio y excepcional (véase al respecto la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, adoptada con fecha 19 de julio de 1999, en relación al régimen tarifario aplicable a los servicios de telefonía básica prestada por operadores dominantes).

En términos generales, el principio de intervención tarifaria de los servicios de telecomunicaciones encuentra su sede jurídica en la Disposición transitoria cuarta de la 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 mercado¹⁶. Se confirmaba entonces un régimen tarifario diferenciado que aparecía ligado a la condición de dominante de los operadores destinatarios. Era de aplicación general e indefinida en el tiempo.

¹⁶ • Real Decreto Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones:

- 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”*.

- Artículos 2.tres y 2.siete, que modifican 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).

- *“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).

• 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.

• Reglamento Técnico y de prestación del servicio final telefónico y de los servicios portadores, aprobado por el Real Decreto 1912/1997, de 19 de diciembre, que dispone en su artículo 28.uno: *“(...) Las tarifas del servicio telefónico básico que presten los operadores dominantes serán aprobadas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, previo informe preceptivo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Dichas tarifas se establecerán teniendo en cuenta la evolución de los costes derivados de la prestación del servicio y de las ganancias de productividad de los operadores, en el marco de la fijación de crecimientos máximos de las tarifas formulados en términos de variaciones del índice de precios al consumo minoradas en determinados porcentajes. Las tarifas, en su caso, podrán tener el carácter de fijas, máximas, mínimas o estar sujetas a límites.”*

El régimen de regulación de precios recogido en la LGT 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 del precepto citado, el principio de intervención tarifaria está vinculado al grado de apertura que presente el correspondiente mercado. Efectivamente, dado el precario nivel de competencia efectiva que caracteriza todo mercado recientemente liberalizado, la finalidad perseguida por la disposición transitoria cuarta de la LGT no es otra que la de prevenir eventuales comportamientos anticompetitivos por parte de quienes disfruten de una particular posición de fortaleza en el mercado, fomentando asimismo un deseable nivel de competencia efectiva en el sector nacional de telecomunicaciones.

La intervención *ex ante* del legislador trata de promover una eficiencia de actuaciones suficiente, y de evitar tanto la aparición de barreras que impidan o dificulten seriamente la entrada de nuevos actores, como conductas que obliguen a los entrantes, una vez instalados en el mercado, a operar en condiciones de excesiva desventaja competitiva y, por tanto, de ineficiencia. Asimismo, desde la perspectiva del beneficio del usuario, pretende asegurarse, en la medida de lo posible, la accesibilidad de los servicios y la asequibilidad de precios.

Sobre la base de lo dispuesto en la disposición transcrita y a la luz de las consideraciones señaladas, La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos ha venido adoptando las oportunas Ordenes reguladoras de los precios que TESAU debe aplicar a sus servicios de telefonía fija disponible al público, dada la posición que ocupa en este mercado. Por lo que se refiere concretamente a las rebajas destinadas a los clientes empresariales, se indican seguidamente los planes de descuento que, respecto al operador dominante, se encuentran actualmente en vigor:

- a). En los segmentos de tráfico provincial e interprovincial : “*Plan Negocio Total*” y “*Plan Negocio Destino*”, recogidos en la Orden Ministerial de 23 de junio de 1999 (BOE nº 155, de 30 de junio de 1999).
- b). En el segmento de tráfico internacional : “*Megavip Internacional*”, contenido igualmente en la Orden Ministerial señalada.

En el caso que nos ocupa, la prestación de los servicios de telefonía fija contemplados en los acuerdos de constante referencia lleva aparejada la aplicación, tanto a las llamadas “*on-net*” como a las comunicaciones “*off-net*”, de una serie de descuentos cuyo análisis pormenorizado permite alcanzar una serie de conclusiones que se señalan, en lo esencial, seguidamente :

A. En lo que respecta a los descuentos base (calculados sobre la base de tarifas BOE).

- En el segmento de tráfico provincial e interprovincial : la gran mayoría de los acuerdos prevén descuentos que difieren, por su porcentaje, de los regulados en la correspondiente Orden Ministerial. En el caso del acuerdo firmado con la AEMT, y por lo que se refiere al tráfico interprovincial, se prevé además la aplicación de las rebajas correspondientes con carácter retroactivo, extendiéndose a los cuatro meses anteriores a la fecha de conclusión del pacto.
- En el segmento de tráfico internacional : las rebajas previstas se apartan de los porcentajes oficialmente establecidos en algunos de los acuerdos concluidos (los firmados con CECOT y la Asociación Cobo Calleja).
- Se prevén descuentos para llamadas fijo-móvil en algunos acuerdos (los concluidos con FER, FADE, CEOE-CEPYME Cantabria y la Asociación Cobo Calleja), modalidad ésta de tráfico no contemplada en ninguno de los programas de descuento aprobados por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y actualmente vigentes.

B. Por lo que se refiere a los descuentos adicionales por volumen .

En la mayoría (8 de 11) de los acuerdos concluidos no se ajustan plenamente a la estructura establecida en las Ordenes Ministeriales correspondientes, por cuanto que se toma como base de referencia para la aplicación de la rebaja el volumen de consumo de la totalidad de las líneas adscritas a cada GCU, es decir, del conjunto de entidades que integran cada uno de dichos colectivos, a diferencia de los programas de descuentos oficiales, que toman como referente la facturación individualizada de cada cliente.

Asimismo, en los acuerdos suscritos con FER y CEOE-CEPYME Cantabria se contempla, para tráfico interprovincial, una modalidad de descuento adicional por volumen en la que el cálculo de porcentajes se efectúa teniendo en cuenta la facturación anual de cada integrante del GCU, alterando pues el período bimestral que los programas de descuento vigentes toman como coordenada cronológica. Igualmente y para tráfico internacional, se condiciona a un determinado consumo anual de cada empresa el acceso de ésta a un sistema de descuentos por volumen de consumo de todo el GCU.

Por último, señalar que las disposiciones del acuerdo concluido con la Asociación Cobo Calleja prevén que la aplicación del Plan Innovatel posibilitará descuentos adicionales, en llamadas de larga distancia. Estas rebajas, que no son acumulables

cuando suponen una reducción adicional de los restantes descuentos sobre telefonía fija (de base y por volumen), se apartan de las previsiones de precio contenidas en la correspondiente Orden Ministerial.

C. Se prevé la eventual revisión de las condiciones económicas ofertadas y aplicadas en función de las variaciones que puedan experimentar alguno o algunos de los elementos siguientes : tarifas oficiales, descuentos BOE, condiciones generales del mercado o las mejores condiciones que TESAU esté ofreciendo en cada momento en cada segmento de tráfico telefónico.

Se observa, a ese respecto, que toda eventual modificación de los descuentos sobre llamadas de telefonía fija disponible al público será conforme al régimen de intervención de precios establecidos por el legislador siempre que el precio que resulte del ajuste se adecue a las tarifas y programas de descuento recogidos en las Ordenes Ministeriales que en cada momento puedan ser de aplicación.

A la vista de las consideraciones formuladas, y dado que los servicios telefónicos objeto de análisis en el presente procedimiento (comunicaciones “*off-net*”) constituyen servicios de telefonía disponible al público, puede concluirse que, en el marco de los acuerdos suscritos por TESAU y ciertas asociaciones empresariales, se ofertan y aplican determinados planes de descuento que, al diferir (en la cuantía o estructura de la rebaja, así como en la modalidad de tráfico contemplado) de los programas de descuento recogidos en las Ordenes Ministeriales vigentes, suponen una vulneración del régimen de precios previsto por el legislador para los servicios de telefonía fija disponible al público que, en el segmento empresarial, preste TESAU.

Para determinar la importancia de tal vulneración en cuanto a la linalidad que ese régimen de precios persigue, como hemos descrito *ut supra*, véanse las consideraciones recogidas en el apartado referente al Derecho de la competencia, relativas a la cuantía, estructura y otros elementos de las rebajas correspondientes a los servicios de telefonía fija disponible al público.

(v). Otros supuestos en los que se vulnera el régimen preceptivo de regulación de precios.

Por último, se significa que en algunos de los acuerdos de constante referencia se recogen otras condiciones económicas que vulneran igualmente el régimen de precios previsto por el legislador. Así el relativo a la contratación de accesos básicos RDSI :

efectivamente, en el acuerdo suscrito con la FER se prevén ventajas económicas por alta o sustitución de RTB que se apartan de las tarifas BOE recogidas, para dichos conceptos, en la Orden Ministerial de 31 de julio de 1998, sobre reequilibrio tarifario.

Asimismo, señalar que en el marco del acuerdo concluido con la AEMT se prevé la aplicación de ciertas ventajas económicas en función de cuál sea volumen de tráfico cursado en el año anterior : para determinados servicios, se aplicarán mecanismos destinados a compensar durante períodos de baja temporal el coste económico de las líneas y accesos contratados, así como en supuestos de cambios de domicilio y de modalidad de servicio. La posibilidad de aplicar las reducciones previstas no están contemplada en la Orden Ministerial (de julio de 1998) que regula actualmente las tarifas relativas a cuotas de abono, cambio de domicilio y de modalidad de servicio.

II.C. DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.

La información aportada en el marco de la instrucción de este procedimiento permitiría delimitar, con carácter general y sin perjuicio de particularidades propias de cada acuerdo, el escenario en el que se ubicarían las conductas objeto de análisis : TESAU ha concluido con ciertas asociaciones y federaciones empresariales una serie de acuerdos en los que se ofertan a determinadas empresas diversas prestaciones (provisión de infraestructuras, equipos y servicios) y ventajas en segmentos distintos (voz, datos, acceso a la información/Internet).

El principal mercado afectado por el comportamiento objeto de análisis resultaría ser el sector nacional de servicios de telefonía fija disponible al público, en el que TESAU disfruta de una clara posición de dominio. Efectivamente, de acuerdo con los últimos datos de que dispone esta Comisión, el operador de referencia ostentaría una cuota del 94,34%. 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

Seguidamente pasaremos a valorar los comportamientos objeto de este procedimiento atendiendo a una serie de consideraciones que persiguen en todos los mercados abiertos a la competencia, y por ende en el de las telecomunicaciones, mantener las condiciones de competencia efectiva. En mercados maduros, las consideraciones aludidas conducen a medidas tendentes a restablecer la situación de competencia que se presume preestablecida y que pudiera ser alterada como consecuencia de determinadas prácticas comerciales. La aplicación de tales medidas se suele producir después de producida la alteración. En mercados que se están configurando desde el monopolio hacia la competencia, los mismos criterios son aplicables, pero actuando ex ante para evitar que tales prácticas, que resultan perniciosas incluso en mercados establecidos, obstaculicen el proceso inicial de transformación de un mercado en monopolio en otro estable en competencia. La correcta articulación entre la regulación sectorial de las telecomunicaciones y la regulación general de defensa de la competencia se establece en la nueva redacción del artículo 1.Dos.2.f) de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones que obliga a la CMT a “adoptar las medidas necesarias para salvaguardar ... la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios ...”

El Derecho de la competencia constituye un instrumento de análisis y reparación ciertamente significativo a la hora de salvaguardar el deseable nivel de competencia efectiva en el sector de actividad que está siendo considerado : el mercado nacional de telefonía fija disponible al público. Efectivamente, tipifica comportamientos que no son objeto de consideración en el marco de la normativa de telecomunicaciones y que, sin embargo, pueden resultar sumamente lesivos para un segmento recientemente liberalizado donde la presencia misma de un operador dominante provoca una cierta precariedad en la estructura competitiva.

Entre las diversas herramientas de las que puede valerse dicho operador a la hora de tomar posiciones en el actual entorno liberalizado, la política de precios y descuentos resulta ser particularmente importante. Como ha sido expuesto en el apartado precedente, la normativa sectorial dispone en estos momentos de un instrumento específico, el régimen de regulación tarifaria, ordenado a suavizar en lo posible la disparidad de posiciones entre competidores. El actual dará paso en breve a un nuevo sistema de intervención de precios : efectivamente, y a fin de facilitar un mayor grado de competencia, el legislador sectorial ha

previsto¹⁷ el establecimiento de un nuevo marco regulatorio de precios máximos para los servicios de telefonía fija disponible al público que preste TESAU.

En el nuevo escenario de intervención de precios avanzado por el legislador sectorial, aquellos principios resultarán de sumo interés a la hora de valorar futuros comportamientos de TESAU que, si bien se adecuen a los límites fijados por el nuevo sistema, pudieran lesionar el nivel de competencia efectiva del sector por incurrir en supuestos de abuso como los apuntados.

POSICIONAMIENTO DE LAS PARTES.

(i). Alegaciones presentadas por los solicitantes.

RETEVISION entiende que las ofertas efectuadas por TESAU constituyen un abuso de la posición de dominio que dicha operadora ostenta en el mercado nacional del servicio telefónico fijo disponible al público. Las referidas ofertas tendrían por objeto fidelizar a clientes corporativos (de gran consumo medio) e impedir la entrada de otros operadores en este segmento de mercado, siendo contrarias al Derecho de la Competencia en razón de los siguientes extremos:

- Las ofertas mencionadas se realizarían de manera discriminatoria y poco transparente.
- TESAU haría uso de las ventajas derivadas de su posición dominante: sus economías de escala y alcance, junto a los ingresos obtenidos del resto de los servicios y clientes.

¹⁷ Véase el artículo 2.uno del Real Decreto-Ley 16/1999, de 15 de octubre, por el que se adoptan medidas para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones.

- Se prevén descuentos adicionales por volúmenes de tráfico de larga distancia, atendiendo al consumo total telefónico de todos los asociados. Este tipo de descuentos conllevan un compromiso por parte de los asociados de proveerse únicamente de los servicios de telecomunicaciones de TESAU (cláusula de exclusividad).
- Se empaquetan servicios de telefonía fija disponible al público, cuya prestación por parte de TESAU está sujeta a regulación tarifaria, junto con el suministro de otro tipo de servicios y productos cuyos precios no están sujetos a regulación administrativa.
- Se prevé la aplicación programas de retribución por publicidad en llamadas a números 900 de la operadora dominante.

La AOC, por su parte, estima que se incurre en determinados comportamientos contrarios a la libre competencia, a saber :

- (a). TESAU se compromete a igualar la mejor oferta de precios que exista en el mercado, a sabiendas de que, en su condición de operador dominante sujeto, como se ha señalado, el principio de intervención tarifaria, puede no cumplir dicho compromiso, lo cual supone una deslealtad anticompetitiva prohibida por el artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.
- (b). el comportamiento de TESAU resulta predatorio, pues está directamente orientado a perjudicar de modo significativo a sus competidores, haciendo uso de medios que no están basados en una mayor eficiencia empresarial, sino en la posición de dominio que ostenta, lo cual hace sostenible en el corto plazo un sacrificio de beneficios que supondrá mayores ganancias en el medio y largo plazo.
- (c). se aplica una política de descuentos selectivos destinados a los principales clientes que conduce, en el largo plazo, a la captación de los mismos, constituyendo una barrera de entrada al mercado.

(i). Alegaciones presentadas por TESAU.

En cuanto al supuesto carácter fidelizador de los descuentos por volumen previstos en algunos acuerdos.

El operador estima que la estructura de dichos descuentos no es susceptible de dificultar seriamente la entrada o posicionamiento de sus competidores, dado que las soluciones ofrecidas por TESAU pueden ser igualadas o incluso mejoradas por aquellos.

Efectivamente, el operador no ha utilizado recursos de los que los restantes proveedores carezcan, ni tampoco ha incurrido en una conducta predatoria o de estrangulamiento del margen de beneficio, comportamientos estos que únicamente ella podría permitirse, al disfrutar de una posición de dominio en el mercado.

Entiende TESAU que la aplicación de descuentos en función del volumen facturado por todos los miembros del GCU no es en sí misma un elemento determinante de la eventual elección del cliente a favor de sus servicios, pues nada impide a los demás operadores, que no están sujetos a un régimen de intervención de precios, realizar ofertas similares o incluso con niveles de descuento muy superiores a los de TESAU.

Asimismo añade que se aplican porcentajes de descuento similares a los que la CMT consideró, en su Informe de fecha 22 de julio de 1999, insuficientes para ser considerados como fidelizadores. El interesado concluye que si la cuantía de descuentos como los contenidos en los acuerdos no es susceptible de producir efectos considerables en el mercado, la estructura de los mismos, en relación al tráfico metropolitano, tampoco supondría, por sí misma, un efecto fidelizador.

Por último, TESAU señala que las rebajas se aplican en la práctica totalidad de los casos al segmento de tráfico internacional, que goza de un suficiente grado de accesibilidad, como reconoce la propia CMT en el Informe antes citado.

Respecto a la existencia de ventajas adicionales y cláusulas que refuerzan el eventual carácter fidelizador de los descuentos.

TESAU entiende que las ventajas adicionales contenidas en los acuerdos no pueden ser consideradas en sí mismas como fidelizadoras, ni contribuyen o acentúan el carácter fidelizador de los descuentos considerados. Hace referencia concreta a algunas de ellas (así, uso gratuito de un local de TESAU, aplicación del Plan Innovatel, aplicación de las mejores condiciones económicas que el operador ofrezca en cada momento, aportaciones económicas previstas en el marco de acuerdos de colaboración en marketing, servicio de ventanilla única, etc.), aduciendo consideraciones diversas a fin de fundamentar su posición. Asimismo, estima que todas ellas pueden ser igualadas o mejoradas por los competidores.

Las mismas conclusiones se hacen extensivas a las cláusulas de uso preferente contenidas en algunos acuerdos.

En lo que respecta a la apreciación de discriminación en el comportamiento de TESAU : el interesado considera que no resulta acreditado el factor que determina la existencia de discriminación, a saber : la aplicación de condiciones desiguales a prestaciones equivalente. Por el contrario, se señala, los acuerdos se han extendido a cualquier asociación que haya solicitado la creación de un GCU de las características de los contemplados en este procedimiento.

EVENTUAL CARACTER PREDATORIO DE LOS DESCUENTOS SOBRE SERVICIOS DE TELEFONIA FIJA.

En todos los supuestos contemplados en el marco de este procedimiento, los precios finales por minuto (a los que habría que añadir el coste de establecimiento de llamada para determinar el precio final de cada llamada) se encuentran significativamente por encima de su valoración en términos de precios de interconexión OIR de 29 de octubre de 1998. A la luz de esos datos no se apreciaría pues predación o estrangulamiento del margen de beneficios.

ELEMENTOS DE FIDELIZACION EN LOS ACUERDOS CONCLUIDOS.

(i). Por lo que se refiere a la cuantía de los descuentos en servicios de telefonía fija.

El análisis de las ofertas de telefonía fija disponible al público que, para el segmento empresarial, existen actualmente en el mercado, pone de manifiesto que la ventaja económica resultante de la acumulación de los descuentos máximos de base y por volumen recogidos en los acuerdos, es equiparable a las condiciones económicas que se están aplicando por parte de los operadores más significativos que compiten con TESAU en el segmento de referencia. Efectivamente, existen ofertas no sólo similares sino más beneficiosas en términos de precios y descuentos.

En consecuencia, la cuantía de los descuentos aplicados por el operador dominante para telefonía fija disponible al público no presentaría la envergadura necesaria a los efectos de¹⁸ :

a). inducir a las empresas a satisfacer con TESAÚ todas o casi todas sus necesidades en lo que se refiere a telefonía fija disponible al público. Efectivamente, puesto que las condiciones económicas ofrecidas por el citado operador son similares o menos ventajosas que las aplicadas por otros competidores, el montante de la rebaja no presentaría el atractivo suficiente a los efectos señalados y no operaría, en sí mismo, como factor determinante de una eventual elección del cliente en favor de los servicios prestados por TESAÚ.

b). impedir, eliminar o restringir la capacidad de potenciales o actuales operadores para competir en precio con el operador dominante, ofreciendo condiciones económicas más favorables que las aplicadas por TESAÚ. La existencia de ofertas más ventajosas así lo evidencia.

Por consiguiente, no se apreciaría carácter fidelizador en las cuantías de los descuentos aplicables a los servicios de telefonía fija disponible al público.

(ii). Estructura de los descuentos sobre telefonía fija, ventajas adicionales y otras condiciones.

▪ **Elementos a considerar.**

Seguidamente se hará referencia a una serie de elementos que se estiman relevantes a los efectos de apreciar si los acuerdos concluidos en su momento por TESAÚ pudieran presentar o no un carácter fidelizador. A título aclaratorio se señala que no

¹⁸ Respecto a la caracterización de los “descuentos de fidelidad”, véanse las sentencias del TJCE en los asuntos *Hoffmann-La Roche* (“*Vitaminas*”) y *Michelin*, así como las decisiones de la Comisión Europea en los asuntos *Suiker Unie*, *Coca Cola Export* y *BPB Industries* (confirmada por el TJCE y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas).

necesariamente figuran en la totalidad de dichos acuerdos, pudiendo estar presentes en la mayoría de ellos o únicamente en algunos. En ocasiones constituyen una particularidad de un específico acuerdo.

Estructura de los descuentos .

Para la aplicación de la rebaja correspondiente en la mayoría de los acuerdos (8 de los 11 suscritos) se toma como base de referencia el volumen de consumo de la totalidad de las líneas adscritas a cada GCU. Es decir, la facturación del conjunto de entidades que integran cada uno de dichos colectivos.

Asimismo, en ocasiones se vincula la rebaja a períodos de tiempo de un año : como ya ha sido señalado, en los acuerdos suscritos con FER y CEOE-CEPYME Cantabria se contempla, para tráfico interprovincial, una modalidad de descuento adicional por volumen en la que el cálculo de porcentajes se efectúa teniendo en cuenta la facturación anual de cada integrante del GCU. Igualmente y para tráfico internacional, se condiciona a un determinado consumo anual de cada empresa el acceso de ésta a un sistema de descuentos por volumen de consumo de todo el GCU.

Otras ventajas y condiciones.

La adscripción a los GCUs correspondientes implica la posibilidad, para todas las entidades que los integran, de disfrutar no sólo de los descuentos de referencia, sino también de ventajas adicionales. Se señala que algunas de ellas figuran en varios de los acuerdos, siendo otras específicas de algún compromiso en concreto. La relación que sigue a continuación abarca la gran mayoría de los supuestos contemplados :

- En lo referente a los descuentos (de base y por volumen) en telefonía fija disponible al público, aplicación de las mejores condiciones económicas que TESAU ofrezca en cada momento.
- Prioridad en la prestación y mantenimiento de los servicios de Información Empresarial que se ofrezcan dentro de la Red IP.

- Uso gratuito de un determinado edificio de TESAÚ, previa consulta a ésta y en función de su disponibilidad.
- Rebajas varias en : provisión e instalación de equipos diversos para voz, datos y aplicaciones multimedia; servicios de conexión con la RTC; productos RDSI para PCs; servicios de acceso a la información (módem, software, formación, ...); terminales, software, hardware y tráfico de telefonía móvil; contratación de accesos básicos RDSI; para determinados servicios y en función del volumen, ventajas en cuotas de abono (situaciones de baja temporal), cambio de domicilio y de modalidad de servicio; en el marco de pruebas piloto con tecnología ADSL, instalación de líneas básicas sin cuota de conexión ni mensual durante seis meses; precios especiales en los informes personalizados de clientes sobre tráfico cursado en servicios de inteligencia de red; etc.
- Como beneficio para una determinada asociación empresarial : aportación por parte de TESAÚ, en concepto de cuota anual de alta, de cantidades sensiblemente superiores a las que normalmente requeridas y parcialmente vinculadas a la facturación anual total del correspondiente GCU.
- Adscripción automática al Plan Innovatel, que posibilita canjear los puntos obtenidos en llamadas de larga distancia por productos del Grupo Telefónica o empresas asociadas a dicho programa.
- La aplicación del Plan de referencia da lugar, en un supuesto concreto, a la obtención de descuentos en llamadas de larga distancia. Estas rebajas no son acumulables cuando suponen una reducción adicional de los restantes descuentos sobre telefonía fija (de base y por volumen).
- Desarrollo de soluciones “*customizadas*” de Internet para empresas de telemárketing, en función de la evolución de sus necesidades.
- En el marco de acciones conjuntas de márketing (promoción, formación, divulgación) encaminadas al uso de los servicios/productos que TESAÚ proporciona a las empresas asociadas : aportaciones económicas a cargo del operador dominante sin previsión de ajuste a los gastos en los que pueda incurrir la asociación correspondiente al llevar a cabo determinadas actuaciones de divulgación y promoción.

- Sistema de “*ventanilla única*” para las operaciones de preventa, venta y postventa de los servicios que se tenga contratados con TESAU.
- Servicio integral de calidad en condiciones especiales de prestación y económicas.
- Gratuidad de la modalidad estándar de Infonegocio (servicios de acceso a Internet específicos para empresas).
- Para usuarios con línea básica y línea RDSI, y para usuarios con un mínimo de 3 líneas básicas : reducciones adicionales (hasta un cierto límite) sobre el consumo total individual en tráfico interprovincial e internacional que se concretarán en la obtención de productos comercializados por TESAU y/o su canal de distribución.

Por último, se señala que en ocasiones se incorporan cláusulas de uso preferente de los productos y servicios de TESAU (en los acuerdos concluidos con AEMT, FEDETO, Asociación Cobo Calleja y la Cámara de Contratistas de Castilla y León), así como el compromiso de una determinada asociación empresarial (PIMEC-SEFES) de proponer a sus socios la contratación de dichos productos y servicios. Asimismo, la mayoría de los acuerdos (7 de los 11 pactos) contienen exigencias de confidencialidad, mantenida en un período de cinco años, respecto a su contenido.

▪ **Consideraciones al respecto : “primas de compromiso de grupo” y descuentos vinculados a períodos de tiempo excesivamente largos. Otros elementos.**

Los datos a los que se ha hecho referencia a lo largo de esta Resolución permiten alcanzar determinadas conclusiones respecto a la valoración de las conductas objeto de análisis en el presente procedimiento.

Como ya ha sido señalado, TESAU ha concluido con ciertas asociaciones y federaciones empresariales una serie de acuerdos en los que se ofertan a determinadas empresas diversas prestaciones y ventajas.

El principal mercado afectado por el comportamiento objeto de análisis resultaría ser el sector nacional de servicios de telefonía fija disponible al público, en el que TESAU disfruta de una clara posición de dominio.

A la luz de la información de que se dispone, se apreciaría en algunos de dichos acuerdos una fidelización que resultaría no del montante de los descuentos en telefonía fija disponible al público, por las razones en su momento apuntadas, sino de la concurrencia de otros elementos a los que seguidamente nos referiremos.

El análisis de la estructura de esos descuentos pone de manifiesto que la configuración de los mismos implica una “generalización” de las deducciones previstas. Es lo que se denomina “prima de compromiso de grupo”. Efectivamente, la obtención, para cada empresa, del beneficio ofertado no se hace depender del consumo individualizado, sino que se vincula a un factor ajeno a la facturación propia : el consumo del resto de los integrantes del GCU. La decisión individual de utilizar los servicios de un determinado operador se verá afectada por la elección que en ese sentido hagan las restantes empresas. Cada una de ellas deberá consumir no sólo para no perder ella misma la rebaja, sino para evitar que las restantes queden excluidas de la misma.

Asimismo y a resultas de lo anterior, la configuración del descuento se revelaría apta para fomentar presiones entre los propios miembros del GCU correspondiente, a fin de alcanzar, respecto a los servicios telefónicos del operador dominante, el volumen de consumo conjunto requerido y de no perder el beneficio de la rebaja.

Véase al respecto la decisión de la Comisión Europea 88/518, de 18 de julio de 1988, en el asunto *Napier Brown/British Sugar*, en la que se condenan por abusivas las primas de compromiso de grupo : descuentos colectivos en los que la rebaja se hace depender del consumo efectuado por todos los miembros de un grupo. Efectivamente, el ejecutivo comunitario ha considerado que ese sistema de descuentos elimina o restringe la libertad de elección de los clientes, cada uno de los cuales ha de consumir el producto de la empresa dominante no sólo para beneficiarse él mismo de la rebaja, sino además para impedir que el resto la pierda, siendo por tanto penalizado. Asimismo, este tipo de descuentos provoca que el miembro del grupo “obligue” a los otros integrantes a satisfacer sus necesidades en la medida necesaria para que el colectivo pueda acceder a la rebaja.

Desde esta perspectiva y, en atención a las consideraciones expuestas, la estructura de los descuentos que están siendo objeto de análisis tendría un carácter fidelizador, siendo contrario al Derecho de la competencia por abusivo.

Nótese igualmente que algunos acuerdos (los concluidos con FER y CEOE-CEPYME Cantabria), en el marco de los descuentos por volumen considerados, vinculan el consumo de cada integrante del GCU correspondiente a un período de tiempo de un año, duración ésta que puede sin duda alguna calificarse de excesivamente larga, especialmente en un sector

recién liberalizado y dinámico como el de telecomunicaciones. Téngase en cuenta que este esquema cronológico desincentivaría suficientemente al usuario a la hora de acogerse a ofertas que en cualquier momento puedan lanzar otros competidores, pues ello implicaría la pérdida de ventajas económicas resultantes del consumo acumulado no en períodos breves de tiempo, sino a lo largo de un lapso ciertamente extenso.

El TJCE ha condenado este tipo de descuentos en su sentencia de 9 de noviembre de 1983, asunto 322/81, *NV Nederlandsche Banden Industrie Michelin c. Comisión*, Rec. 3461. El Alto Tribunal ha estimado que este sistema de rebajas sujeta al cliente a una considerable presión que se estima abusiva. Efectivamente, puesto que la rebaja se calcula sobre el consumo total del cliente, incluso un porcentaje de descuento relativamente bajo puede tener un considerable impacto a la hora de desincentivar al cliente, que se verá inducido a rechazar las ofertas que otras empresas puedan hacerle a lo largo de ese año, manteniendo el vínculo de consumo que le une a la empresa dominante a fin de alcanzar el volumen requerido para beneficiarse del descuento.

Por consiguiente, podemos estimar que, en el caso que nos ocupa, la estructura de algunos descuentos por volumen aplicados a servicios de telefonía fija disponible al público presentaría un segundo elemento de fidelización : el vínculo de la rebaja a períodos de tiempo de un año.

Llegados a este punto conviene significar que, de acuerdo con las conclusiones alcanzadas en párrafos precedentes, los descuentos por volumen de constante referencia presentarían un carácter fidelizador. En consecuencia :

- a). inducirían a las empresas a satisfacer con TESAU todas o casi todas sus necesidades en lo que se refiere a telefonía fija disponible al público.
- b). dificultarían la entrada o posicionamiento de los competidores en el ámbito nacional de dichos servicios.

Nótese que dicha fidelización no radicaría en la cuantía de la rebaja, sino en su estructura. Más concretamente, en el hecho de que esas rebajas constituirían “primas de compromiso de grupo” y, en algunos supuestos, descuentos vinculados a un período de tiempo excesivamente largo. La práctica de la Comisión Europea y la jurisprudencia comunitaria encuadran ambas prácticas en el ámbito, más amplio, de los denominados “descuentos de fidelidad”, que, a su vez, forman parte de una específica categoría de abuso : la limitación del mercado, en perjuicio de los consumidores.

Se observa igualmente que uno de los acuerdos, el concluido con FER, contiene una previsión cuya beneficiaria es la propia asociación empresarial firmante del pacto: el operador se compromete a pagar al colectivo unas cuotas de alta claramente desproporcionadas y vinculadas, parcialmente, a la facturación anual total del GCU correspondiente. Esta cláusula se estima fidelizadora por razones ya señaladas con anterioridad: se incentivarían “presiones” por parte de la asociación en cuestión, a fin de que el grupo cerrado de usuarios alcance determinados volúmenes de consumo y cada una de las empresas asociadas contraten con TESAÚ los servicios ofertados de forma exclusiva o casi exclusiva.

Asimismo, en ocasiones (acuerdos concluidos con AEMT y Asociación Cobo Calleja) se prevé que el operador destine a la asociación empresarial concretas económicas por las actividades de divulgación que ésta lleve a cabo. No se dispone su orientación a los gastos en los que el colectivo pueda incurrir. Conviene hacer notar, en este sentido, que si la diferencia entre aportaciones y gastos fuese significativa, podría entenderse que las previsiones acordadas presentarían un carácter fidelizador en el sentido ya expuesto.

En el contexto así descrito, las ventajas adicionales que en su momento han sido señaladas, así como las cláusulas de confidencialidad (por períodos de cinco años), uso preferente de productos y servicios de TESAÚ, propuesta de contratación de los mismos y aplicación retroactiva de descuentos, que figuran en algunos acuerdos, reforzarían el carácter fidelizador que se ha apreciado en otros elementos de los acuerdos y al que se ha hecho referencia en párrafos precedentes. Son factores que, de cara a clientes y competidores (actuales o potenciales), intensificarían esa naturaleza fidelizadora, contribuyendo a dificultar que el destinatario de las ofertas decida optar por las soluciones que le puedan ofrecer los competidores. Y ello, se insiste, con independencia de que, en sí mismos considerados, sean o no censurables.

Algunos sí merecerían *per se* ese calificativo: la aplicación retroactiva de descuentos, la obligación de uso preferente y el compromiso de proponer la contratación de las ofertas pactadas constituyen, por razones evidentes, un atractivo más o una forma de presión, según el supuesto de que se trate, a la hora de contratar con el operador dominante y no con otros proveedores. Respecto a las exigencias de confidencialidad, véanse la sentencia del TJCE en el asunto *Michelin*, así como la decisión de la Comisión Europea en el asunto *Soda-ash - Solvay*.

DISCRIMINACION RESPECTO A EMPRESAS CON NECESIDADES SIMILARES.

Tanto el contenido de los acuerdos objeto de análisis como las propias alegaciones presentadas por TESAU a lo largo de la tramitación de este procedimiento, evidencian de forma meridiana que :

a). las ofertas contenidas en dichos acuerdos obedecen al propósito de optimizar la satisfacción de las necesidades del cliente en el actual entorno competitivo.

b). esas ofertas posibilitan el acceso de sus destinatarios (determinadas empresas) a una serie de ventajas cuyas bondades más allá de las que normalmente se ofrecen a clientes empresariales que presentan un perfil equivalente en cuanto a necesidades de comunicación. Ello no es sino la lógica consecuencia de la política de optimización que resulta haber inspirado la conclusión de los pactos correspondientes : no se trata de responder adecuadamente a las demandas del cliente, sino lo más adecuadamente posible. Por consiguiente, el proveedor de servicios no se ha limitado a ofrecer las mismas condiciones que están disponibles en situaciones comparables. Compromete en sus ofertas un trato especial a los destinatarios que las suscriban.

En este contexto, el conjunto de las ventajas contempladas por los acuerdos de constante referencia permitiría calificar esos pactos como acuerdos preferentes ordenados a satisfacer de la forma más óptima y adecuada posible las necesidades de comunicación de ciertos clientes empresariales. La propia filosofía sobre la que reposan estos pactos implicaría pues la aplicación de un tratamiento diferenciado a los destinatarios. ¿Implica esa diferenciación un comportamiento abusivo, por discriminatorio, en relación a otros clientes actuales o potenciales del proveedor de los servicios comercializados?.

Nótese que, conforme a la doctrina general desarrollada por la Comisión Europea y el TJCE, la categoría jurídica del abuso de posición de dominio tiene un carácter híbrido, abarcando tanto los supuestos de relaciones horizontales en los que la conducta de la empresa dominante está dirigida a competidores actuales o potenciales, como aquellos casos de relaciones verticales donde el comportamiento en cuestión tiene como destinatarios a proveedores, consumidores o usuarios. Véase al respecto al sentencia del TJCE de 21 de febrero de 1973, asunto 6/72, *Europemballage y Continental Can*, Rec. 215. El que nos ocupa sería un supuesto en el que los afectados por la eventual discriminación serían los clientes actuales o potenciales del proveedor de los servicios comercializados.

A la hora de valorar si estamos o no ante una discriminación prohibida al operador dominante por abusiva, debe tenerse en cuenta que el tratamiento diferenciado no es censurable en sí mismo, pudiendo resultar plenamente legítimo. La línea divisoria que separa la diferenciación y la discriminación está necesariamente vinculada a un determinado elemento : la justificación objetiva de la conducta. Si el trato diferenciado está objetivamente justificado, entonces no podrá hablarse de comportamiento anticompetitivo, sino de diferenciación equitativa y, por consiguiente, legítima. En caso contrario, se incurriría en un comportamiento contrario al Derecho de la competencia.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 82 del Tratado constitutivo de las Comunidades Europeas (en adelante TCE), y de acuerdo igualmente con la práctica del ejecutivo comunitario y la jurisprudencia del TJCE¹⁹, la discriminación consiste en tratar de modo distinto situaciones iguales o equivalentes, teniendo asimismo cabida aquellos supuestos en los que se trata de forma idéntica situaciones diferentes (véase a este segundo respecto la sentencia del TJCE de 17 de julio de 1993, asunto 13/36, *Italia contra la Comisión*, Rec. 335). En consecuencia, la justificación objetiva a la que nos hemos referido está ligada al concepto de desigualdad o no equivalencia de situaciones : la diferenciación en el trato estará objetivamente justificada cuando las situaciones de que se trate no sean idénticas o equivalentes. En caso contrario se incurrirá en una conducta discriminatoria.

Generalmente, la Comisión Europea y el Alto Tribunal han venido considerando objetivamente justificadas las diferencias de trato basadas en consideraciones tales como el nivel ocupado en la respectiva cadena de valor, volumen de contratación, duración del vínculo contractual, ahorro de costes, fluctuaciones de precios en un período dado de tiempo, etc. Existen, sin embargo, otro tipo de factores que, se ha estimado, no dan lugar a situaciones distintas o no comparables, y que por tanto no justifican objetivamente la diferenciación en el trato. Así por ejemplo, no se consideran relevantes a los efectos señalados las diferencias que tienen su origen en los compromisos que hayan podido ser contraídos con terceros distintos de la empresa proveedora del producto o servicio.

¹⁹ Véanse a ese respecto las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas en los asuntos: *General Motors Continental*, *United Brands*, *British Leyland*, *Ahmed Saeed*, *Tetra Pak II*, *GVL*, *Commercial Solvents*, *ABG*, *Hugin* y *BBI/Boosey & Hawkes* ...

En el caso que nos ocupa, si bien los acuerdos concluidos por TESAU hacen referencia a las similares necesidades de comunicación que presentan ciertos usuarios, no puede entenderse que el tratamiento preferente previsto en los pactos obedezca a esa semejanza de necesidades a la que se alude.

En realidad, la diferenciación de tratamiento está basada en el vínculo asociativo que liga a cada empresa con su respectiva asociación o federación empresarial. Efectivamente, y como resulta de los propios acuerdos, las ofertas de servicios están dirigidas a determinados beneficiarios : aquellos que formen parte de ciertos colectivos que son catalogados como GCU. A su vez, la pertenencia a estos grupos viene dada por la condición de miembro de una concreta asociación o federación empresarial²⁰.

Por consiguiente, y a tenor de esas condiciones de acceso previstas en los pactos, no podrán suscribir las prestaciones ofertadas aquellas empresas que, aún presentando necesidades de comunicación similares, no pertenezcan a alguna de las agrupaciones empresariales firmantes de los acuerdos. Así pues, el tratamiento preferente de constante referencia reposa en el compromiso adquirido por el beneficiario con un tercero (la asociación o federación empresarial) distinto de la empresa que comercializa los servicios.

Como ya ha sido señalado, este factor no permitiría concluir que concurra la necesaria justificación objetiva y, en consecuencia, estaríamos ante un supuesto de discriminación anticompetitiva respecto de aquellas empresas establecidas en el ámbito nacional que, presentando las mismas o similares necesidades de comunicación, no sean miembros de las asociaciones o federaciones firmantes de los acuerdos.

La discriminación apreciada se vería acentuada en aquellos supuestos en los que se imponen obligaciones de confidencialidad. Asimismo, uno de los acuerdos concluidos por TESAU contiene una cláusula conforme a la cual el operador se obliga a no autorizar el establecimiento de ningún otro GCU en el ámbito de la Comunidad Autónoma correspondiente, lo cual reforzaría a todas luces el carácter discriminatorio del acuerdo.

²⁰ Con dos únicas excepciones : aquéllas en las que entidades/administraciones públicas, así como clientes, empleados desplazados y principales proveedores de las empresas, pueden integrar el correspondiente GCU.

Finalmente, se señala que las conclusiones alcanzadas en este apartado II.C toman como supuesto de hecho las prácticas comerciales en las que ha incurrido TESAU. A título aclaratorio conviene significar que podrían constituir un abuso de posición de dominio por parte del Grupo Telefónica hipotéticas conductas que, afectando al mercado nacional de telefonía fija disponible al público, sean llevadas a cabo por otras empresas del citado Grupo: así, aquellas filiales participadas al 100% por la matriz que dispongan de título habilitante para la prestación de los servicios telefónicos de referencia. Nótese a este respecto que esas compañías forman parte de una única “unidad económica” que, a través de TESAU, ostenta una posición dominante en el mercado que nos ocupa.

En razón de todas las consideraciones expuestas, esta Comisión, al amparo de la habilitación competencial prevista por el artículo 1.Dos.2, letras c), f) y h) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, así como por los artículos 4, 5 y 19.uno del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre

RESUELVE

Primero.- Que los servicios de telefonía fija comercializados por TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. en el marco de los acuerdos concluidos con diversas asociaciones y federaciones empresariales sitas en distintas Comunidades Autónomas, no pueden ser catalogados como servicio telefónicos en GCU, sino disponibles al público.

Segundo.- Que, por tanto, en el plazo de dos semanas desde la notificación del presente Acuerdo, TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. deberá cesar en la oferta y aplicación de los descuentos que, para los servicios considerados por esta Comisión como servicios de telefonía fija disponible al público, vienen siendo ofertados y aplicados en el contexto de dichos acuerdos. Se procederá a la oferta y aplicación de las tarifas aprobadas por la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos y actualmente en vigor.

Tercero.- Que TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. habrá de abstenerse de llevar a cabo, en el marco de futuros acuerdos, prácticas como las consideradas en este procedimiento, debiendo hacer uso de la figura normativa del Grupo Cerrado de Usuarios conforme a las previsiones del legislador, tal y como han sido interpretadas por esta Comisión.

Cuarto.- En el plazo de dos semanas desde la notificación del presente Acuerdo, TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. deberá :

(i). desvincular del consumo total de cada Colectivo empresarial los descuentos por volumen correspondientes a los servicios de telefonía disponible al público, calculándose la rebaja correspondiente sobre el consumo total de cada miembro del Colectivo.

(ii). tomar como base para el cálculo de dichos descuentos períodos máximos de dos meses.

(iii). adecuar las cuotas anuales de alta que el operador abone en su calidad de miembro de un colectivo empresarial, a las cantidades que normalmente se vengán exigiendo a las restantes empresas asociadas. En todo caso la cantidad resultante habrá ser equitativa y proporcional, debiendo además desvincularse de cualquier consumo que pueda efectuar el Colectivo empresarial correspondiente o cualquiera de sus miembros.

(iv). ajustar a gastos las aportaciones que TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U. destine a una asociación empresarial por las actuaciones de divulgación que ésta última lleve a cabo.

(v). suprimir cláusulas de uso preferente, confidencialidad, aplicación retroactiva de descuentos y propuesta de contratación de los productos y servicios de TELEFONICA DE ESPAÑA, S.A.U.

(vi). una vez adaptadas a las previsiones de la normativa sectorial aplicable, hacer accesibles las ofertas contenidas en los acuerdos a las empresas, establecidas en el ámbito geográfico nacional, que presenten necesidades de comunicación iguales o similares a las de los actuales beneficiarios.

Quinto.- TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. deberá notificar a esta Comisión las modificaciones que se realicen en los acuerdos suscritos con los distintos colectivos empresariales en el plazo de tres semanas a contar desde la notificación del presente Acuerdo.

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 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