



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JOSE GIMENEZ 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 10 de agosto de 2000, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCION POR LA QUE SE DENIEGA LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DEL ACTO IMPUGNADO EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U CONTRA LA RESOLUCION DE FECHA 27 DE JULIO DE 2000, POR LA QUE SE ADOPTAN MEDIDAS CAUTELARES EN RELACIÓN CON LA DENUNCIA DE LINCE RESPECTO DE LA “TARIFA PLANA PERSONAL” QUE COMERCIALIZA TELEFÓNICA SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED, S.A. (TERRA).

En relación con la solicitud de suspensión del acto impugnado formulada por Telefónica de España, S.A.U. en el recurso de reposición presentado por la citada Entidad contra la resolución dictada por esta Comisión el día 27 de julio de 2000, por la que se adoptan medidas cautelares en relación con la denuncia de Lince respecto de la “tarifa plana personal” que comercializa Telefónica Servicios y Contenidos por la Red, S.A. (TERRA), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm.30/00 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 10 de agosto de 2000, recaída en el expediente AJ 2000/3111.

HECHOS

PRIMERO.- En el seno del procedimiento ME2000/2994 iniciado, con fecha 20 de julio del año en curso, en virtud de la denuncia formulada por Lince Telecomunicaciones, S.A. respecto a determinadas prácticas de la empresa TERRA NETWORKS, S.A. (en adelante TERRA) y en general del Grupo Telefónica, relativas a la denominada tarifa plana personal de acceso a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Internet, el Consejo de esta Comisión, con fecha 27 de julio de 2000, dictó la siguiente medida cautelar:

“Único.- Adoptar una medida cautelar consistente en una obligación de hacer:

- *Telefónica habrá de aplicar al tráfico dirigido a los números de inteligencia de red correspondientes a centros de acceso a internet que le comuniquen los demás operadores unos precios de interconexión que no excedan para cada usuario de dichos operadores del precio ofertado por Terra a sus usuarios finales, esto es, 2.750 pesetas, siempre que ese tráfico se produzca, en la mismas condiciones, incluida la distribución horaria, establecidas por dicha compañía en su oferta a los usuarios finales.*
- *Telefónica está obligada a respetar, respecto de cuantos operadores lo soliciten, la presente medida cautelar.”*

SEGUNDO.- La mencionada Resolución fue notificada a Telefónica el día 28 de julio de 2000 con la indicación de los medios de impugnación que contra la misma cabía interponer.

Haciendo uso de su derecho de impugnación en vía administrativa de la Resolución, Telefónica formuló, en tiempo y forma, recurso potestativo de reposición que se halla en fase de tramitación en esta Comisión.

TERCERO.- Por medio de otrosí incluido en el recurso de reposición, Telefónica ha solicitado que se acuerde la suspensión de la Resolución impugnada fundamentando tal solicitud en que el acto impugnado adolece de nulidad de pleno derecho y que el mismo es susceptible de producir, a Telefónica graves e irreparables perjuicios e inexistencia de perjuicios para el interés público dimanantes de la suspensión solicitada

A los anteriores antecedentes de hecho les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.- Establece el artículo 111.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) que la interposición de cualquier



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario (supuesto que no concurre en el presente caso) no suspenderá la ejecución del acto impugnado.

No obstante lo anterior, el apartado 2 del citado artículo prevé que el órgano al que compete resolver el recurso, previa ponderación, suficientemente razonada, entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJPAC.

En aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por la recurrente, habrá que analizar, en primer lugar, si concurren alguna de las circunstancias señaladas con las letras a) y b). En el caso de que se compruebe la concurrencia de alguna de ellas, deberá analizarse, en segundo lugar, si debe prevalecer el interés público o de terceros o el del interesado en la suspensión del acto, previa la ponderación razonada de los perjuicios que a unos y otros causaría la suspensión o la ejecución inmediata del acto recurrido.

Telefónica manifiesta que concurren en la Resolución impugnada tanto el requisito de nulidad previsto en el artículo 111.2.b) de la LRJPAC como el de la existencia de perjuicios de difícil o imposible reparación previsto en el apartado a) del mismo precepto.

En apoyo de la pretendida nulidad de la Resolución impugnada, la recurrente se remite a los motivos de impugnación primero y segundo incluidos en el recurso de reposición, mediante los cuales se fundamenta la impugnación de la resolución impugnada alegando la incompetencia de la CMT para calificar una conducta como anticompetitiva y la incompetencia de la CMT para dictar una medida cautelar consistente en modificar los precios de interconexión, respectivamente. Analizado el contenido de los citados motivos de impugnación, no se aprecia que el vicio determinante de la pretendida nulidad surja patente y notoriamente y sin necesidad de que deba realizarse nada más que la comprobación del hecho para constatar su existencia (doctrina jurisprudencial sobre la apariencia de buen derecho), por lo que no se puede estimar que concorra el requisito de nulidad alegado por la recurrente para solicitar la suspensión del acto impugnado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido se expresa el fundamento de derecho cuarto del Auto de la Sección 7ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 12 de noviembre de 1998, recaído en el Recurso núm. 390/1998 (RJ 1998\9735) que se transcribe parcialmente a continuación:

*“La apariencia de buen derecho, que también invocan las partes que solicitan la suspensión, al margen de que sólo puede ser un factor importante para dilucidar la prevalencia del interés que podría dar lugar a la procedencia de la suspensión de algún supuesto concreto, pero siempre que concurriera la existencia de daños o perjuicios de las características mencionadas, **exige, según la jurisprudencia, una prudente aplicación** cuando, como aquí sucede, se esgrime como argumento de aquella procedencia de la suspensión de la ejecución, lo que significa que, en general, sólo quepa considerar tal alegación cuando el acto impugnado se haya dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición de carácter general previamente declarada nula, o cuando se impugna un acto idéntico a otros que ya fue jurisdiccionalmente anulado –lo que no concurre en el supuesto de autos-, puesto que, **en definitiva, cuando se postula la nulidad del acto en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración o decisión en el proceso principal, lo que se pretende es que se prejuzgue la cuestión de fondo...**”*

En cualquier caso, y a mayor abundamiento, cabe analizar los motivos de nulidad de pleno derecho invocados por Telefónica en su escrito de recurso:

a) Incompetencia de la CMT para calificar una conducta como anticompetitiva.

a-1) Telefónica argumenta para sostener la incompetencia de la CMT que la valoración de una práctica de la operadora como un posible abuso de posición dominante necesariamente exige la interpretación y aplicación de determinados artículos de la Ley de Defensa de la Competencia, tarea reservada en exclusiva al Servicio de Defensa de la Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Al respecto, la operadora señala que esta objeción ha sido ya formulada en relación a otras intervenciones de la CMT, y que en la actualidad, por si pudiera existir alguna duda en el pasado sobre la extensión de las competencias de aquellos órganos y de la CMT respecto de la salvaguarda de la competencia en materia de telecomunicaciones, la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Defensa de la Competencia, ha venido a clarificar definitivamente la cuestión optando “por la competencia exclusiva (del Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia) para resolver sobre la existencia de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

eventuales conductas anticompetitivas en el mercado de las telecomunicaciones”.

En su opinión, “la CMT no tiene por tanto competencias para aplicar, ni tan siquiera a título incidental , las normas de defensa de la competencia españolas y comunitarias y mucho menos adoptar una medida cautelar fundamentándose en la existencia de una apariencia de vulneración de la LDC. La CMT sólo podrá pedir razonadamente a los órganos competentes que inicien un procedimiento dirigido a la declaración de una práctica de un operador de telecomunicaciones como una práctica prohibida, cuando detecte la existencia de conductas o prácticas restrictivas de la competencia, siendo estos quienes a la luz de la LDC adoptarán , en su caso, la oportuna medida cautelar. Los órganos de la Administración con competencia exclusiva para declarar la existencia de prácticas contrarias a la LDC, como norma del Ordenamiento jurídico en protección del interés público, corresponde a los diseñados y recogidos por la LDC. Lo que sí podrá la CMT será controlar, a continuación, el incumplimiento de las condiciones recogidas por su legislación sectorial”.

De alguna manera Telefónica viene a sostener el siguiente razonamiento: ante una práctica determinada de Telefónica, la CMT debe aplicar lo que denomina “su legislación sectorial”, sin entrar a considerar otros aspectos propios del Derecho comunitario de la competencia, como si esa legislación sectorial fuera un compartimento estanco y como si las prácticas de los operadores pudieran a su vez compartimentarse y ubicarse conceptualmente en una u otras categorías , presumiendo que son diferenciables nítidamente.

Pues bien, esta Comisión ha tenido ocasión de pronunciarse en el pasado sobre el debate competencial que suscita Telefónica.

Antes de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de modificación de la Ley de Defensa de la Competencia, el caso más conspicuo en el que se analizó esta cuestión por este organismo fue el contemplado en la resolución de 2 de diciembre de 1999, conociendo de determinadas prácticas de Telefónica justamente respecto de servicios de infovía e infovía plus, para la prestación del servicio de acceso a Internet por parte de esa operadora.

Telefónica estimaba entonces, igual que ahora, que ninguna de las letras contenidas en el artículo 1 Dos 2 de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones permitiría a la CMT dictar resoluciones de la naturaleza de la impugnada, exponiendo un conjunto de razones que, a la postre, se reducian a dos: la competencia en materia de defensa de la competencia recae en exclusiva en el Servicio de Defensa de la Competencia y en el Tribunal de Defensa de la competencia; y que la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

disposición adicional séptima de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones sancionaba esta exclusividad limitando el papel de la CMT a la emisión de instrucciones generales, porque en lo demás debía remitir los asuntos de que conozca y que identifiquen prácticas de las prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia al Servicio de Defensa de la Competencia.

Como vemos, los mismos argumentos que en su recurso de reposición se aducen para razonar la incompetencia de la CMT.

Pues bien, ya en aquella ocasión se recordaba que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se creó con un único objeto, según el Real Decreto-Ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones, que la constituye, cual es la salvaguarda, en beneficio de los ciudadanos, de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones, y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.

Este Real Decreto-Ley constituyó una de las primeras medidas adoptadas por el Gobierno dentro de un paquete de iniciativas destinadas a liberalizar los mercados.

El objeto que se ha señalado guía su actuación, y constituye la razón de su creación y de su existencia. Todos sus recursos se encaminan a este fin, la salvaguardia de las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones.

La decisión del legislador no es caprichosa: se trata de una consecuencia del principio de liberalización de los mercados que exige la adopción de medidas rápidas e urgentes de intervención, para evitar que se frustre la apertura de los mercados, en este caso el de telecomunicaciones, como consecuencia de que el órgano generalista se vea imposibilitado para intervenir con prontitud y eficacia.

Lo que se señala, y que después merecerá un comentario más detenido, no significa que al Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia se le priven o menoscaben funciones: antes al contrario, las funciones de estos órganos se mantienen, lo que sucede es que a las que estos órganos desempeñan se añaden ahora otras, de distinto alcance y ejercicio, como después veremos.

Es importante significar este hecho por cuanto, para alcanzar ese objeto de salvaguarda de la competencia, se dota a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones diferentes funciones, diferentes en su alcance y contenido pero en definitiva conectadas de tal manera que de su conjunto resulta una dotación suficiente de medios a ese organismo para alcanzar el fin y objeto de su existencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Con esto se quiere poner de manifiesto una evidencia: las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no son compartimentos estancos, aunque puntualmente puedan ejercitarse por procedimientos en alguna medida distintos (aunque se garantiza la uniformidad al aplicarse en todos ellos las normas reguladoras de los Procedimientos Administrativos), sino que todas ellas se encaminan a propiciar, otorgando los correspondientes resortes al órgano regulador, la salvaguardia de la libre competencia en el mercado.

Este aserto se confirma repasando algunos ejemplos: cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ejercita la función de otorgamiento de una licencia a un operador, lo hace valorando el mercado en el que va a actuar y sus posibilidades de competir en él (y al efecto establece las oportunas condiciones en la licencia); asimismo, cuando asigna números a los operadores, teniendo en cuenta además que los números constituyen un recurso escaso, examina el efecto que esa asignación pueda producir en otros operadores o en el propio mercado; cuando dicta resoluciones en materia de interconexión (conexión entre las redes de los operadores, sobre todo con el operador dominante en el mercado) y de acceso a las redes, tiene en cuenta si esa conexión facilitará o no la prestación del servicio que proceda por los diferentes operadores, en condiciones no discriminatorias pero teniendo en cuenta la posición de cada uno de ellos en el mercado, pudiendo establecer condiciones de diferente signo; en fin, se podría seguir con todas las funciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una de las cuales, como previsión de cierre, diseñada precisamente para evitar escapes de una legislación sectorial que no podría anticipar todos los comportamientos indeseables en un mercado forzado a cambiar, es la de poder adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la competencia en el mercado, respecto de todas aquellas actividades afectadas por la legislación sectorial que pudieran constituir prácticas contrarias a la libre competencia.

Téngase en cuenta que la liberalización en cualquier sector de apertura a la competencia y, singularmente en las telecomunicaciones, no es sencilla: así, los agentes que intervienen no son cualesquiera (tienen un peso económico de envergadura en los Estados); y por otra parte existe siempre, especialmente en determinado tipo de servicios (el telefónico y el de creación de infraestructuras, fundamentalmente), una fuerte tendencia al monopolio, en la medida que en ese tipo de servicios serán pocos los que decidan acometer inversiones adecuadas, especialmente en determinadas zonas territoriales.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Admitido, como no podía ser de otra manera, que la CMT es un órgano de salvaguarda de la competencia, es legítimo plantear cuales son las líneas diferenciadoras respecto del ámbito de actuación de los órganos generales de defensa de la competencia.

En este sentido, una vía posible de diferenciación, que sería perfectamente admisible como hipótesis, sería la de entender que al ser la Ley 12/1997 una ley especial en materia de salvaguarda de la competencia, sus preceptos, en aplicación del principio general del derecho de que la ley especial deroga la ley general, en todo aquello en que exista incompatibilidad entre ambas, se aplican con preferencia a los de la Ley de Defensa de la Competencia.

Sin embargo, esta línea de razonamiento, pudiendo ser válida, ni siquiera es necesario explorarla por cuanto, en la interpretación que ahora se desarrollará, pueden coexistir ambos organismos, desarrollando sus funciones, sin riesgo de conflicto.

De hecho, transcurridos tres años desde el inicio de la liberalización, no se ha dado un solo caso en el que ambos órganos, sobre un mismo asunto, hayan intervenido.

Decimos que no puede existir solapamiento de funciones porque la naturaleza de la intervención de ambos organismos es diferente, en el diseño creado por el legislador.

En este sentido, el papel que se le atribuye a la CMT, en aras a propiciar una rápida intervención que agota en este acto su función, es imponer obligaciones de comportamiento a los operadores que incurren en prácticas anticompetitivas, singularmente abusos de posición dominante como el caso de autos.

Es decir, detectada una práctica anticompetitiva, la resolución final que dicta la CMT no es sancionadora sino puramente declarativa, imponiendo obligaciones de hacer o de no hacer. Tan sólo si se incumple por el destinatario de la obligación el mandato de hacer o no hacer, la CMT puede sancionar, siendo en este caso la infracción cometida no un comportamiento anticompetitivo sino el incumplimiento de las resolución adoptada por el Consejo de la CMT.

Este papel de la CMT tiene sentido en cuanto que en un proceso de liberalización, lo que se requiere es la adopción de medidas urgentes para frenar comportamientos anticompetitivos, porque lo que está en juego es la existencia o no de un mercado libre y transparente, y la prontitud en la intervención constituye una pieza básica de ese proceso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esta forma de actuar –con rapidez y simplemente determinando la forma en que se tienen que comportar en el mercado los operadores- no es la que define a los órganos generales de defensa de la competencia. Su Ley reguladora, en los ámbitos que pueden ser similares a priori a los de intervención de la CMT (abusos de posición dominante, acuerdos entre empresas anticompetitivos), prevé que la resolución que finalmente dicte, si se aprecia que existen prácticas anticompetitivas, sea sancionadora, mediante, normalmente, la imposición de multas o penas pecuniarias (artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia).

Este diferente modo en que ambos órganos intervienen es perfectamente admisible y ha sido perfectamente aceptado por los agentes intervinientes en el mercado.

Los nuevos operadores, entrantes en los mercados antiguamente en monopolio, pueden modular sin dificultades, las vías de acceso a los órganos de salvaguarda de la competencia.

Si lo que desean son reacciones inmediatas, determinando las reglas de juego en el mercado sin la búsqueda de la apertura de un expediente sancionador al operador que incurre en abusos de posición dominante, sino una determinación clara de las obligaciones de unos y otros, acuden a la CMT.

Si lo que persiguen es la sanción al infractor, el camino adecuado es acudir al Servicio de Defensa de la Competencia.

Por esta razón, por la naturaleza del procedimiento que regula la Ley de Defensa de la Competencia, típicamente sancionador, están nítidamente separadas las funciones de instrucción y resolución del procedimiento, que recaen en órganos diferenciados.

Sin embargo, en el caso de la CMT, es este órgano, el único que tramita y resuelve el expediente, sin necesidad de la designación de un instructor, con la única excepción del procedimiento sancionador propiamente dicho, cual es el que se incoa por incumplimientos de resoluciones, actos o circulares de la CMT.

Es más, si por cualquier circunstancia un operador acudiera a la CMT, ante una práctica anticompetitiva, ya materializada e irreversible, este organismo se vería imposibilitado para actuar, por cuanto no podría imponer obligaciones de hacer o no hacer y, por tal razón, se vería obligado a remitir las actuaciones a los órganos generales de defensa de la competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Un ejemplo que permite apreciar con nitidez la diferencia de intervención de ambos organismos se encuentra en las prácticas realizadas por Telefónica en los denominados “Planes Claros” ofertados como descuentos en llamadas de larga distancia.

Dichos Planes Claros, que contenían elementos de fidelización contrarios a la libre competencia, fueron objeto de la apertura de oficio de un expediente por parte de la CMT, en los últimos meses de 1997, cuando Telefónica pretendía su comercialización coincidiendo con la entrada en el mercado de los primeros competidores.

Los Planes fueron paralizados por la CMT que posteriormente los admitió siempre que Telefónica los ofertara con determinadas condiciones, eliminando todos sus aspectos anticompetitivos. Esto es, el Consejo de la CMT, al analizar posibles prácticas anticompetitivas, adoptó una postura no sancionadora sino de determinación de las condiciones en las que unas ofertas al mercado serían aceptables, si desaparecían esas prácticas contrarias a la libre competencia.

Posteriormente, dichos Planes, antes de ser definitivamente autorizados por el Gobierno, previo informe de la CMT (al ser descuentos sobre tarifas, precios regulados por tanto, requerían la autorización de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos) fueron publicitados en una campaña desmesurada en cuanto a los medios empleados y que coincidió en el tiempo con el inicio de la actividad de telefonía del único competidor entonces de la operadora.

La denuncia de esta segunda compañía se produjo una vez la campaña de publicidad (de corta duración, aunque muy intensa) había concluido, por lo que fue presentada ante el Servicio de Defensa de la Competencia, donde continuó la tramitación del correspondiente expediente, que concluyó finalmente con la imposición de una sanción a Telefónica por el Tribunal de Defensa de la Competencia.

En ningún momento se planteó la intervención de la CMT, que, por lo indicado, no hubiera podido tener lugar.

En el caso presente, encontramos de nuevo un ejemplo o manifestación de nuestra argumentación: la resolución recurrida no impone ninguna sanción a Telefónica. Simplemente se limita a ordenar unos comportamientos, que en este caso consisten en una obligación de hacer, que además se concreta en medidas específicas previstas en la legislación especial como son las relacionadas con la interconexión.

Como se ve, son manera de actuar y resoluciones de diferente contenido y alcance.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a-2) Las modificaciones introducidas por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

Antes de razonar sobre las modificaciones introducidas en la Ley de Defensa de la Competencia y que constituyen la principal apoyatura de Telefónica, conviene detenerse un instante en el precedente que sobre las mismas supuso la disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones.

En su día, como ahora, esta disposición fue interpretada por Telefónica como principal argumento esgrimible para cuestionar la competencia de la CMT.

La redacción de esa disposición adicional es la siguiente, bajo el título de “Coordinación de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones con el Tribunal de Defensa de la Competencia”:

“El ejercicio de sus funciones por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se realizará con pleno respeto a las competencias que la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, atribuye a los órganos de defensa de la competencia.

Cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, un dictamen no vinculante sobre la calificación que le merecen. Ello se entiende, sin perjuicio de las funciones que a la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le atribuye el artículo 1 dos 2 f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones”.

En opinión de esta Comisión, la redacción del precepto, que no ha sido objeto de derogación, explicita una relación y manera de actuar que antes hemos explicado y que señala los campos de actuación de uno y otro órganos.

En este sentido, la CMT, que ve ratificada su competencia sin ninguna limitación, tal como dispone la propia disposición adicional séptima, in fine, debe poner en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia hechos que pudieran constituir indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley de Defensa de la Competencia, al objeto, obviamente de una posible sanción de este organismo. Ahora bien, ello no le impide imponer obligaciones de hacer o no hacer, como ya se ha explicado reiteradamente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por otra parte, el precepto sanciona, en nuestra opinión, la primacía en la intervención de la CMT en los asuntos de los que hablamos.

De ahí el sentido de la expresión “cuando la CMT detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia....”,

Así, la CMT que cuenta con información de primera mano sobre el funcionamiento del mercado y de los operadores -basta examinar sus funciones, la especialización de su personal, para ratificar esta opinión- la coloca en la situación mas idónea para detectar las posibles prácticas anticompetitivas.

Una vez detectadas, y según la naturaleza de la práctica anticompetitiva, la CMT debe decidir si remite el asunto al Servicio de Defensa de la Competencia o bien procede a la apertura de un expediente propio de adopción de medidas.

Este es el único esquema congruente y razonable de coordinación. Lo que plantea Telefónica es una interpretación irrazonable por cuanto no responde a una filosofía de coordinación de ambos organismos, con mantenimiento de las funciones de uno y otro, sino a la supresión, pura y dura, de la competencia que tiene reconocido explícitamente uno de ellos.

De ahí que tenga sentido la previsión que contiene in fine la disposición adicional séptima, a cuyo tenor la comunicación que la CMT realice al Servicio de Defensa de la Competencia se produce “ sin perjuicio de las funciones que a la propia Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le atribuye el artículo 1 dos 2. F) de la Ley 12/1997,....”

Si el deseo del legislador hubiera sido el de suprimir la función de la CMT no tendría sentido aprobar una redacción como la que estamos comentando. Hubiera bastado con suprimir la función.

Este mismo argumentario sirve para defender una interpretación razonable de las modificaciones introducidas por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

En este sentido, debe traerse a colación la Disposición adicional primera de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia.

Esta disposición da una nueva redacción a la letra f) del artículo 1 Dos 2 de la Ley 12/1997, con el siguiente contenido:

“Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

interconexión de las redes y suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios. A estos efectos, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:

- 1º Podrá dictar, sobre las materias indicadas, instrucciones dirigidas a las entidades que operan en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el “Boletín Oficial del Estado”.
- 2º Pondrá en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de resultar contrarios a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. A tal fin, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones comunicará al Servicio de Defensa de la Competencia todos los elementos de hecho a su alcance y, en su caso, remitirá un dictamen no vinculante sobre la calificación que le merecen dichos hechos.
- 3º Ejercer la competencia de la Administración General del Estado para interpretar las cláusulas de los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones que protejan la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado dos de este artículo”.

Hasta aquí, el texto de la disposición, que tiene la misma redacción que la originalmente contenida en el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno.

Las modificaciones que se introducen sobre la redacción anterior de la mencionada letra f) son las siguientes:

- Dentro de la descripción general de la función de adoptar medidas, que se mantiene, se suprime la indicación de que dichas medidas son “para salvaguardar la libre competencia”. Se conserva el detalle particular de las medidas que la Comisión podría adoptar.
- Se mantiene la indicación de que la Comisión podrá dictar sobre las materias indicadas instrucciones dirigidas a las entidades que operan en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el Boletín Oficial del Estado.
- Se introduce una función consistente en poner en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener noticia en el ejercicio de sus atribuciones y que presenten indicios de resultar contrarios a la Ley de Defensa de la Competencia.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Se mantiene la función de interpretar las cláusulas de los títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones que protejan la libre competencia.

Como se desprende de estas modificaciones, los únicos cambios producidos se refieren a la supresión de la mención genérica de la razón por la que se pueden adoptar medidas, así como la introducción de una función de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia.

Ahora bien, estas modificaciones no suponen una alteración de la función reconocida hasta la fecha en la letra f), dado que:

- la supresión de la mención genérica de la razón por la que la CMT puede adoptar medidas es lógica, dado que esta mención genérica está reconocida explícitamente en el Preámbulo y en el artículo 1 Dos 1. de la Ley 12/1997¹. En este sentido, es superfluo decir en la letra f) que las medidas que adopta la Comisión son para la salvaguarda de la libre competencia por cuanto obviamente para esta finalidad se adoptan, no para otra, dado que todas las funciones de la CMT, incluida la de la letra f), se otorgan a este organismo para el cumplimiento de su único objeto, cual es, se reitera, la salvaguarda de la libre competencia.
- la introducción de la función de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia ya estaba recogida en la disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones, antes comentada. Prácticamente, el contenido del texto que ahora se introduce en la letra f), es idéntico al de la disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones.

Por lo dicho, no puede hablarse en rigor de una modificación de la función reconocida en la letra f) del artículo 1 Dos 2, sino de un retoque de la misma, cohonestando su redacción con la modificación producida de hecho, aunque no formalmente, con ocasión de la disposición adicional séptima de la Ley General de Telecomunicaciones.

¹ “Dos. 1. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos, velar por la correcta formación de los precios en este mercado y ejercer de órgano arbitrar en los conflictos que surjan en el sector.

2. Para el cumplimiento de este objeto, la Comisión ejercerá las siguientes funciones:”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Así, de esta manera, queda ratificada la función de colaboración entre la CMT y los órganos de defensa de la Competencia, en el sentido que más arriba ha sido expuesto.

Lo que debe descartarse con rotundidad es una interpretación según la cual se retomaría la solución excluyente consistente en que los órganos horizontales de defensa de la Competencia serían los únicos competentes para adoptar medidas de salvaguarda de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales, telemáticos e interactivos.

De hecho, esta solución era la predicada inicialmente en el Borrador de Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley de Defensa de la Competencia, si bien posteriormente, previo informe de esta CMT, el Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno, abogó por la redacción que finalmente ha incorporado la Ley.²

Por lo demás, no resulta pertinente la invocación del artículo 51.bis de la LDC que hace Telefónica, en cuya virtud los órganos previstos en dicha Ley son los únicos competentes para la instrucción y resolución de los procedimientos que en ella se regulan en materia de defensa de la competencia, por la razón ya expuesta: la CMT ni instruye ni resuelve los procedimientos que están previstos en esa Ley, por cuanto su función es otra, en la línea que hemos expuesto.

Como corolario de todo lo dicho, debe concluirse señalando que la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, no introduce ninguna modificación sustancial en la función de la CMT recogida en la letra f) del artículo 1 Dos 2 de la Ley 12/1997, de 24 de abril. En consecuencia, detectada una posible práctica anticompetitiva, la CMT debe tomar la decisión de si procede a la apertura de un expediente de adopción de medidas o de si remite el asunto al Servicio de Defensa de la Competencia, acompañando un informe exponiendo su criterio, a fin de que por ese organismo se proceda en su caso a la apertura de un procedimiento sancionador.

En caso de acordar la apertura de un expediente, el asunto quedaría bajo su competencia y concluiría con una resolución adoptando, en su caso, medidas de salvaguarda de la competencia, que consistirían en una imposición de

² La Disposición Adicional Unica del Anteproyecto decía lo siguiente: "Se modifica el artículo 1.2.2 f) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones pasa a tener la siguiente redacción: "Velar para que las actividades a que se refiere la presente Ley se lleven a cabo en régimen de libre competencia. A estos efectos, cuando la Comisión detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, lo pondrá en conocimiento del servicio de Defensa de la Competencia, aportando todos los elementos de hecho a su alcance, y, en su caso, un dictamen no vinculante de la calificación que le merecen dichos hechos".

Como se desprende de esta redacción, la CMT dejaría de tener la función de "adoptar medidas" y en su lugar le correspondería simplemente la función de "velar para que las actividades a que se refiere la Ley se lleven a cabo en régimen de libre competencia", perdiendo la función decisoria.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

obligaciones de hacer o de no hacer, sin que ello suponga el establecimiento de sanciones por las prácticas anticompetitivas acreditadas.

Esta resolución no excluiría el que los órganos de defensa de la competencia pudieran proceder a la apertura de un procedimiento sancionador respecto de las prácticas anticompetitivas realizadas, si así lo estima conveniente.

b) Incompetencia de la CMT para dictar una medida cautelar consistente en modificar los precios de interconexión.

Señala Telefónica que el Real Decreto-Ley 7/2000, contiene una serie de medidas de liberalización de los mercados una de las cuales consiste en que Telefónica , con vigencia a partir del día 1 de noviembre de 2000, deberá aplicar una nueva tarifa para el acceso a INTERNET a través de su red pública telefónica, por un importe de 2750 pesetas mensuales y que antes de esa fecha y a propuesta de la CMT, la Comisión Delegada De Asuntos Económicos aprobará una modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica para garantizar la competencia en los precios de acceso a INTERNET mediante unos precios de interconexión adecuados.

De esta regulación extrae la operadora una conclusión: la medida cautelar positiva adoptada por la CMY ha invadido la competencia de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos prevista en el Real Decreto-Ley al fijar unos precios de interconexión y adelantar las condiciones establecidas en el RD-Ley.

Sobre esta alegación de incompetencia cabe decir lo siguiente:

-que la CMT no ha establecido ninguna modificación de la OIR-que es la competencia atribuida a la Comisión Delegada de Asuntos Económicos- ni ningún precio concreto para las relaciones de interconexión entre Telefónica y el resto de operadores. En su día, este organismo elevará la oportuna propuesta, con indicación de precios concretos, para que sea valorada por dicha Comisión Delegada.

-que la CMT se ha limitado a adoptar una medida necesaria e imprescindible para la salvaguarda de la competencia, ante una actuación conjunta de varias empresas del Grupo Telefónica que , sin vulnerar el Real Decreto-Ley, han adelantado a la fecha prevista , aunque sea como reacción a las ofertas de otro competidor, la aplicación de la tarifa especial de 2750 Pts, sin que al tiempo , como hubiera sido razonable, se hayan creado las condiciones de interconexión idóneas para la existencia de una leal competencia entre operadores, que era la finalidad pretendida por el Real Decreto-Ley.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

-que de no adoptarse esta medida, que tiene una naturaleza puramente transitoria la fijación de unos precios de interconexión por la Comisión Delegada de Asuntos Económicos puede resultar una medida que difícilmente permita una situación de competencia entre operadores, una vez anticipada por algunos de ellos , la fijación de una tarifa plana para el acceso a INTERNET.

-que al fijar como precio máximo de interconexión –lo que remite a un acuerdo entre operadores- el precio de la tarifa final fijada para el usuario en el Real Decreto Ley, la Comisión Delegada de Asuntos Económicos podrá fijar en la modificación de la OIR el precio de interconexión que estime por conveniente.

En este sentido, ni la CMT está legislando ni anticipando una decisión de la Comisión Delegada de Asuntos Económicos sino, pura y simplemente, y de manera transitoria, exigiendo al Grupo Telefónica que trate al resto de competidores, en materia de interconexión, como se está tratando así misma.

Por lo que se refiere a la existencia de daños de difícil o imposible reparación, Telefónica trata de justificarla alegando que *“la aplicación inmediata de las medidas cautelares aprobadas pueden suponer poner en peligro la integridad y la seguridad de las comunicaciones en la red de Telefónica de España debido al mayor uso de la red no previsto, derivado de las condiciones de interconexión de los distintos operadores y del tráfico asociado a las ofertas que los operadores saquen al mercado, al tratar de emular las condiciones incluidas en la oferta al cliente final de TERRA”*

Frente a tal manifestación cabe oponer que Telefónica no realiza ninguna actividad probatoria tendende a demostrar que la ejecución de la Resolución impugnada pueda tener los efectos perjudiciales que alega, sino que se basa en meras suposiciones.

Por otra parte, en la argumentación de Telefónica no se tiene en cuenta que se trata de una medida de efectos temporales ni el carácter gradual con el que, lógicamente, se irá suscribiendo al servicio los clientes de los otros operadores. Esto va a suponer que el incremento del trafico generado a raíz de este nuevo servicio de interconexión no va a surgir de repente sino que lo hará de forma progresiva, lo que permitirá, no solo a Telefónica sino también al operador que reciba el tráfico, la adecuación de sus redes respectivas para poder atender estas llamadas sin que ello cause perjuicios de difícil reparación en sus respectivas redes. Téngase en cuenta, además, el carácter sustitutivo que tendrá esta oferta frente a los actuales accesos a Internet, lo que supone que el aumento neto de tráfico no tiene porqué verse incrementado de forma tal que produzca, necesariamente, los efectos perniciosos en la red que alega la recurrente. De hecho, las llamadas que actualmente se dirigen a Internet y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

generadas en la red de acceso de Telefónica, lo hacen generalmente, como alega Telefónica, a través de las centrales de tránsito sin que ello esté causando, actualmente, disminución alguna en la calidad de los demás servicios prestados por Telefónica.

Por lo demás, no puede olvidarse que la medida cautelar es de aplicación al tráfico que los operadores cursen a Telefónica en las mismos horarios y condiciones ofertadas por Terra, que se ciñen a los horarios que hoy se asocian a la tarifa reducida, en los cuales se consumen y utilizan menos recursos de la red de Telefónica.

Esta circunstancia fue valorada por el Gobierno para no aplicar por el momento una tarifa plana para todo el día, atendiendo de esta manera los argumentos de Telefónica, expuestos públicamente, que oponían el peligro de integridad de la red si se aplicaba la tarifa plana en los horarios en los que mayor utilización se hace de la red telefónica.

En relación con lo anterior traemos a colación lo manifestado por la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Auto de 26 de marzo de 1998 (recursos núm. 674/1997. RJ 1998\3216) que se transcribe parcialmente a continuación:

“No basta, por otra parte, que la petición de suspensión vaya acompañada de una expresa manifestación de los perjuicios irreparables que pudieran irrogarse al recurrente caso de no acordarse, siendo necesario según reiterada doctrina de esta Sala que se aporte al menos un principio de prueba de la sobreveniencia de tales perjuicios, o bien que la existencia de los mismos pueda deducirse de la naturaleza del acto impugnado, caso de no accederse a ella. Por otra parte, resulta absolutamente necesario que tales circunstancias sean patentes en el momento de la solicitud de suspensión.”

De lo anterior se deduce que no concurren en el presente caso ninguna de las circunstancias establecidas en los apartados a) y b) del artículo 111.2 de la LRJPAC para que se pueda acceder a la suspensión del acto solicitada por Telefónica, por lo que podría desestimarse su solicitud sin necesidad de proceder a la ponderación del interés público o de terceros en la ejecución inmediata de la Resolución impugnada y el interés de Telefónica en la suspensión del mismo.

No obstante, conviene recordar que la finalidad perseguida con la resolución recurrida era, fundamentalmente, evitar que la actuación del Grupo Telefónica, adelantándose en el tiempo a la gran mayoría de sus competidores con una promoción no disponible para los PSIs, erigiera una barrera que le permita posicionarse favorablemente de cara al futuro nuevo entorno de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

precios previsto por el legislador para el sector de constante referencia. Como se indicaba en la resolución recurrida,

“los restantes operadores, que con adecuados precios de interconexión podrían replicar la oferta de Terra, se ven privados de la posibilidad de beneficiarse de las condiciones económicas objeto de análisis, debiendo muy probablemente renunciar a competir en precio, pues la aplicación de una política tarifaria equiparable a la de TERRA no sería asumible.

Téngase en cuenta que el período de tiempo que se extiende hasta la fecha límite prevista por el Real Decreto-Ley 7/2000 resultaría decisivo a la hora de sentar las bases para garantizar en el futuro esas condiciones de competencia efectiva a las que nos hemos referido. Vuelve a insistirse en la consideración de que, respecto a los sistemas de precios que tradicionalmente se vienen aplicando, e incluso respecto a las recientes tarifas de algunos suministradores (no vinculadas al tiempo de conexión, pero sensiblemente más elevadas), una tarifa plana como la de TERRA resulta sumamente atractiva para el actual o potencial cliente. La ventaja competitiva que supondría su aplicación en un entorno de precios como el descrito en la presente Resolución podría ser ciertamente significativa. Cuanto antes esté disponible, mayor será su impacto en términos de captación o fidelización de clientes para el suministrador que la aplique. Las actuales condiciones de precios finales y de tarifas OIR, en un sector como Internet, permitirían prever que los cuatro meses previstos en la promoción de TERRA podrían ser decisivos a los efectos señalados. También permiten prever que la gran mayoría de sus competidores podrían encontrarse en una situación de desventaja competitiva de cara a su futuro posicionamiento en el mercado considerado.”

Por lo tanto, siendo la finalidad primordial de la medida cautelar adoptada la de permitir a los operadores alternativos competir en este mercado en igualdad de condiciones con las empresas del Grupo Telefónica, de acordarse la suspensión de la ejecución de la resolución impugnada se irrogarían a los mismos perjuicios de imposible reparación, muy superiores a los que pueden derivarse para Telefónica de la ejecución inmediata del acto recurrido, y que son precisamente los que han tratado de evitarse

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

Denegar la solicitud de Telefónica de España, S.A.U. relativa a la suspensión de la Resolución de esta Comisión de fecha 27 de julio de 2000, por la que se adoptan medidas cautelares en relación con la denuncia de Lince Telecomunicaciones, S.A. respecto de la "tarifa plana personal" que comercializa Telefónica Servicios y Contenidos por la Red, S.A. (TERRA)

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 M^a Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes