



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. José Giménez Cervantes, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 2 de noviembre de 2000, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE EL RECURSO POTESTATIVO 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 el recurso potestativo de reposición presentado por Telefónica de España, S.A.U 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. 39/00 del día de la fecha, la siguiente Resolución:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Resolución de 2 de noviembre de 2000, recaída en el expediente AJ 2000/31111.

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. (en adelante LINCE) 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 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.

Con fecha 4 de agosto de 2000, se ha recibido en esta Comisión escrito presentado por D Joaquín de Fuentes Bardají, mediante el cual interpone, en nombre y representación de la entidad “Telefónica de España, S.A.U (en adelante TESAU), recurso potestativo de reposición contra la Resolución de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a la que se re refiere el antecedente de hecho anterior.

La entidad recurrente, tras solicitar la admisión del recurso a trámite, pide que el mismo sea estimado al incurrir la resolución impugnada en vicios de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

nulidad y anulabilidad contenido en los Artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Fundamenta el recurso básicamente en los siguientes motivos de impugnación:

- Incompetencia de esta Comisión para calificar una conducta como anticompetitiva.
- Incompetencia de esta Comisión para dictar una medida cautelar consistente en modificar los precios de interconexión.
- Error por omisión en la consideración de la naturaleza del mercado eventualmente afectado por la conducta.
- Error en la aplicación de la doctrina jurisprudencial comunitaria al presente caso,
- Error en la valoración de la concurrencia de apariencia de buen derecho al considerar la existencia de una conducta anticompetitiva.

TERCERO.- Por medio de otrosí incluido en el recurso de reposición, la recurrente 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 producirle graves e irreparables perjuicios e inexistencia de perjuicios para el interés público dimanantes de la suspensión solicitada.

CUARTO.- Mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 de agosto de 2000 se cumplió el trámite de información al interesado previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC.

QUINTO.- En cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), mediante escritos del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 10 de agosto de 2000 se notificó a todos los interesados en el procedimiento la interposición del recurso por TESAU.

SEXTO. Por Resolución de esta Comisión adoptada el día 10 de agosto de 2000 se denegó la suspensión del acto impugnado solicitada por la entidad recurrente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

SÉPTIMO.- Con fecha 18 de agosto del año en curso, Lince Telecomunicaciones, S.A. ha presentado escrito de alegaciones oponiéndose a todos los motivos de impugnación formulados por la recurrente en su recurso y solicitando la desestimación del mismo.

OCTAVO.- Finalizado el plazo concedido para ello, ningún otro interesado ha presentado alegaciones sobre el recurso interpuesto.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Calificación.

El artículo 107 de la LRJPAC, en la redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, que la modifica, establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La recurrente califica expresamente su escrito de 4 de agosto de 2000 (con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión el mismo día) como de un recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa, procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado, calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de 27 de julio de 2000.

SEGUNDO.- Admisión a trámite.

El recurso ha sido interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la LRJPAC y cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la misma Ley, por lo que debe entenderse interpuesto en tiempo y forma procediendo su admisión a trámite.

TERCERO.- Legitimación de la entidad recurrente.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo fue en el procedimiento tramitado para la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.

TERCERO.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICO MATERIALES

PRIMERO.- SOBRE LA ALEGADA INCOMPETENCIA DE LA CMT PARA CALIFICAR UNA CONDUCTA COMO ANTICOMPETITIVA.

Ante las alegaciones de TESAU en el sentido señalado por el epígrafe de este apartado, no cabe sino incidir una vez más en los planteamientos que de forma constante viene sosteniendo esta Comisión.

1.1 Situación con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 52/1999.

En ese sentido, debe señalarse que antes de la promulgación 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 los 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 Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictar resoluciones de la naturaleza de la impugnada, exponiendo un conjunto de razones que, a la postre, se reducían 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Defensa de la competencia; y que la disposición adicional séptima de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones sancionaba esta exclusividad limitando el papel de la Comisión 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 Comisión.

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.

Dicho 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 la existencia de esta Comisión. Todos sus recursos se encaminan a este fin, la salvaguarda 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 y 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 la necesaria prontitud y eficacia requeridas.

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 de diferentes funciones, diferentes en su alcance y contenido pero, en definitiva, conectadas de tal manera que de su conjunto



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

resulta una dotación suficiente de medios a ese organismo para alcanzar el fin y objeto de su existencia.

Con esto se pretende 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 esta Comisión es un órgano sectorial 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, en el diseño creado por el legislador, diferente.

En este sentido, el papel que se le atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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 Comisión 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 Comisión puede sancionar, siendo en este caso la infracción cometida no un comportamiento anticompetitivo sino el incumplimiento de la resolución adoptada por el Consejo de la Comisión.

Este papel 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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de un mercado libre y transparente, y la prontitud en la intervención constituye una pieza básica de ese proceso.

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 Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (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).

El diferente modo en el que ambos órganos intervienen es perfectamente admisible y compatible y ha sido, por otra parte, 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 esta Comisión.

Si lo que persiguen es la sanción al infractor por incumplimientos ya ocurridos contra la normativa de defensa de la competencia, 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 Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, 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 Comisión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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 esta Comisión, 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 esta Comisión que posteriormente los admitió siempre que Telefónica los ofertara con determinadas condiciones, condiciones que suponían la eliminación de todos sus aspectos anticompetitivos. Esto es, el Consejo de la Comisión, 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 Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

1-2) 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 Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

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”.



COMISION DEL MERCADO 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 Comisión, 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.

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

De ahí el sentido de la expresión “cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones detecte la existencia de indicios de prácticas restrictivas de la competencia ...”,

Así, la Comisión 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 Comisión 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 simple y radical, 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, ...”



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Este mismo argumento 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 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

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

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

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

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.

Así, de esta manera, queda ratificada la función de colaboración entre la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones 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 Comisión, 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 Ley de Defensa de la Competencia que hace Telefónica, en cuya virtud los órganos previstos en dicha Ley son los únicos competentes para la instrucción

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

y resolución de los procedimientos que en ella se regulan en materia de defensa de la competencia, por la razón ya expuesta: esta Comisión ni instruye ni resuelve los procedimientos que están previstos en la Ley de Defensa de la Competencia, por cuanto su función es otra, en la línea que hemos expuesto y que damos aquí por reproducida.

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 esta Comisión 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 Comisión debe tomar la decisión sobre si procede a la apertura de un expediente de adopción de medidas o sobre 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 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.

SEGUNDO.- SOBRE LA ALEGADA AUSENCIA DE HABILITACION COMPETENCIAL DE ESTA COMISION PARA DICTAR UNA MEDIDA CAUTELAR CONSISTENTE EN MODIFICAR LOS PRECIOS DE INTERCONEXION.

Sostiene la recurrente en su escrito de recurso que, a través de la medida cautelar adoptada en su momento, la Comisión no está sino anticipando, erróneamente, la entrada en vigor de unos precios de interconexión cuya aplicación resulta improcedente, en tanto en cuanto no han sido fijados de conformidad con el procedimiento *ad hoc* previsto a tales efectos por el Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes en el Sector de las Telecomunicaciones (RDL). A juicio de TESAU, la actuación de la Comisión implica una incursión en una esfera de competencias (las legislativas) que no le ha sido conferida por el legislador, y obliga a esa



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

compañía a adoptar una política de precios que, de acuerdo con las previsiones contenidas en el citado Real Decreto-Ley, no puede aún vincularle.

Cumple significar a este respecto que la actuación de la Comisión no se enmarca en el ámbito de las previsiones contenidas en el Real Decreto-Ley antes citado, lo cual no resta a su intervención legitimidad ni oportunidad alguna, como se expondrá seguidamente. Las medidas cautelares de constante referencia se enmarcan en un escenario distinto al delimitado por la disposición normativa señalada, sin que por ello pueda ni deba entenderse que la Resolución adoptada en su momento desborde la habilitación competencial que le ha sido conferida por el legislador sectorial. Muy al contrario, esta Comisión no ha hecho sino ajustarse escrupulosamente a lo que constituye sin duda alguna el hilo conductor de sus diversas funciones como organismo regulador: la salvaguarda de las condiciones de competencia efectiva en determinados ámbitos de actividad económica, en beneficio último del ciudadano.

Como bien señala TESAÚ, el Real Decreto-Ley asigna a esta Comisión una tarea concreta en lo que respecta a la aplicación de una nueva tarifa para el acceso a Internet a través de la red de los operadores dominantes en el segmento de telefonía fija disponible al público. A tenor de lo dispuesto por el legislador, la elaboración de una propuesta de modificación de la Oferta de Interconexión de Referencia de TESAÚ es labor encomendada a esta Comisión, y ello en el ámbito de un determinado contexto: el configurado por una disposición normativa (el RDL de constante referencia) que, a nadie se le oculta, delimita un nuevo terreno de juego en lo que a servicios de acceso a Internet se refiere.

Efectivamente, la aplicación de la nueva tarifa para el acceso telefónico a la Red no tiene otro objeto que el de posibilitar que el usuario final se beneficie de unos precios lo suficientemente competitivos como para incentivar una utilización más generalizada de Internet, de cara al despegue y consolidación, en el ámbito nacional, de la Sociedad de la Información.

Así las cosas, el establecimiento de nuevos precios de interconexión en el marco de la Oferta de Interconexión Referencia de TESAÚ no es sino el lógico corolario de lo dispuesto por el legislador en el artículo 4.tres del Real Decreto Ley: se trata de configurar, en la medida de lo posible, una estructura de costes que permita a los distintos operadores actuar con la necesaria y deseable eficiencia económica. Unicamente en la medida en que la capacidad económica de estos agentes no se vea resentida (o seriamente resentida), podrán contribuir, con precios finales más competitivos, a intensificar el acceso de los ciudadanos a la Red.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Paralelamente al escenario que delimita la normativa aplicable, la realidad del mercado ha discurrido por unos cauces que han requerido la obligada intervención de esta Comisión. Y ello sin menoscabo del ámbito de actuación que le ha sido reservado por el Real Decreto-Ley de constante referencia. Nótese que, en su función de garante de las condiciones de competencia efectiva en determinados mercados, esta Comisión está llamada a desempeñar dos papeles distintos y plenamente compatibles :

- (i). *a priori*, el de promover y fomentar el establecimiento y consolidación de mercados competitivos, previniendo la aparición de prácticas comerciales censurables en ese sentido.
- (ii). *a posteriori*, el de restablecer las condiciones de competencia efectiva en los mercados una vez han sido lesionadas.

Las medidas cautelares adoptadas en su momento por esta Comisión se incardinan en este segundo ámbito de actuación: esta Comisión entendió, fundadamente, que existían indicios razonables suficientes para estimar que la promoción comercializada a principios del mes de julio por TERRA no podría ser razonablemente replicada por una gran mayoría de entidades que operan de forma eficiente en el mercado nacional de servicios de acceso a Internet a través de RTC o RDSI. Es decir, no podría ser contestada sin que la viabilidad financiera de esos agentes se viera irremediable o gravemente lesionada. La aplicación de la denominada "Tarifa Personal Plana" podría pues erigir una importante barrera para la entrada o el legítimo posicionamiento de otros operadores en el citado sector.

TERCERO.- EN CUANTO AL FONDO DE LA MEDIDA CAUTELAR ADOPTADA.

La intervención de esta Comisión obedece a la necesidad ineludible de responder adecuadamente y con prontitud a la situación originada por la práctica comercial de una de las empresas integradas en el entramado del Grupo Telefónica. La medida adoptada con carácter provisional se fundamenta en una serie de consideraciones razonablemente inferidas a partir de los elementos de juicio disponibles en aquel estadio del procedimiento. Como no podía ser de otro modo, tratándose de una medida cautelar, la intervención de esta Comisión no se apoyaba en certezas, sino en presunciones suficientemente sólidas. Por tanto, no censuraba comportamientos probadamente anticompetitivos, sino que trataba de minimizar el impacto de determinados riesgos sobre la estructura competitiva del mercado. Asimismo, la Resolución de 27 de julio del presente año hizo uso de la información de que se disponía en aquel momento, información ésta estimada suficiente a la luz de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

las conclusiones preliminares que permitía alcanzar. Todo ello, con las naturales cautelas propias de una medida urgente y provisional.

A la hora de evaluar su conformidad con el Derecho de la competencia, la Comisión situó la política de precios practicada por TERRA en un escenario determinado, el mercado relevante correspondiente: la prestación, a nivel nacional, de servicios de acceso a Internet a través de la RTC o de la RDSI, bien haciéndose uso de numeración geográfica, bien utilizándose números de inteligencia de red.

Nótese que, dado el carácter urgente de la medida adoptada, ni procedía ni era necesaria una descripción plena y exhaustiva del mercado de referencia señalado. Bastaba una caracterización suficiente que, sobre la base de la información a la que entonces se había accedido, permitiese estimar si la oferta y aplicación de la “Tarifa Plana Personal” de TERRA podía o no constituir un comportamiento anticompetitivo. Desde esta óptica, el análisis efectuado no fue en absoluto insuficiente: se expusieron las diferentes modalidades de prestación de los servicios de acceso a Internet, atendiendo a criterios diversos, y a partir de ahí se determinó la posición, en términos de cuota de mercado, que ostentaban ciertas empresas del Grupo Telefónica en los distintos tramos que articulan el proceso de acceso a la Red: así, conexión del usuario al correspondiente nodo de acceso, servicios de acceso a la información y conexión del PSI con Internet.

Las cifras aportadas (correspondientes al año 1999) arrojaban conclusiones inequívocas :

- Aunque no dominante, TERRA sí podía ser considerado proveedor principal de los servicios de referencia.
- Quienes sí debían ser considerados operadores dominantes eran algunas de las empresas del Grupo Telefónica (concretamente Telefónica de España, S.A.U. y Telefónica Data España, S.A.), pero no respecto del mercado relevante antes señalado, sino en relación a determinados sectores conexos al acceso a Internet a través de RTC o RDSI : la prestación de aquellos servicios que actúan como soporte necesario para la provisión del acceso señalado.

Ambas conclusiones presentan una indudable relevancia si consideramos, como lo avalan la práctica de la Comisión Europea y una consolidada jurisprudencia comunitaria, que, particularmente en sectores con una indudable tendencia a la integración vertical (como telecomunicaciones y nuevas tecnologías en general), no tienen porqué coincidir en uno solo el mercado dominado, aquél en el que se actúa y el sector sobre el que repercute



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

dicha actuación. A los efectos de determinar si se incurre en un comportamiento abusivo, el único elemento esencial requerido por las instancias comunitarias es la existencia de vínculos de conexión entre ellos. Otros criterios (así, la posición de fuerza de la empresa en el mercado afectado, o una particular configuración de éste que haga más efectiva la práctica eventualmente abusiva) tienen un peso relativo en la calificación de una conducta como contraria al Derecho de la competencia, siendo significativos pero no fundamentales: facilitan la aplicación de las disposiciones en materia de abuso.

A mayor abundamiento debe señalarse que, siempre y cuando se trate de mercados conexos, y de acuerdo precisamente con las consideraciones expresadas en el párrafo anterior, no es en modo alguno necesario que el comportamiento eventualmente abusivo tenga efectos sensibles sobre la estructura competitiva del mercado afectado. Sigue vigente pues el principio conforme al cual la regla *de minimis* es aplicable a los supuestos de colusión, pero no de abuso, puesto que la mera existencia de una posición de dominio, si bien no es censurable, presupone un cierto debilitamiento del grado de competencia del mercado de que se trate.

En cuanto a la existencia de una eventual predación en precios, esta Comisión estimó, en su momento, que concurrían los indicios necesarios para considerar, razonablemente, que TERRA podría estar aplicando precios anormalmente bajos. Efectivamente, el análisis económico efectuado a partir de las tarifas OIR que venían siendo aplicadas por Telefónica de España, S.A.U., revelaba, de forma concluyente, que la tarifa plana de TERRA estaba notablemente por debajo de las vigentes tarifas de interconexión.

Ello permitía alcanzar, fundadamente pues, determinadas conclusiones significativas a los efectos de adoptar una medida de urgencia :

- el segmento de servicios de acceso a Internet de TERRA se encontraría en situación de pérdidas: se estarían perdiendo, por cliente, la totalidad de costes fijos y una parte de los variables.
- TERRA podría estar beneficiándose de un eventual trato de favor, por parte de otras empresas del Grupo Telefónica: así, podría incurrirse en subvenciones cruzadas anticompetitivas o en conductas discriminatorias a la hora de aplicar precios de interconexión (ello implicaría, además, una vulneración de las obligaciones que conciernen a Telefónica de España, S.A.U. en su calidad de operador declarado dominante conforme a la normativa sectorial vigente). Dada la pertenencia de esta compañía al consorcio empresarial antes citado, no resultaba de ninguna manera descabellado entender



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que pudiera estar haciendo un uso, indebido, de las sinergias generadas en el seno de ese grupo industrial, algunas de cuyas empresas ostentaban posiciones de dominio en sectores conexos al acceso a Internet, como se ha visto.

- La realidad del mercado nacional de acceso a Internet revelaba que muy pocos de los actores que en él operaban disfrutarían del respaldo económico necesario para que, en las condiciones de mercado vigentes (precios OIR), les resultasen asumibles las pérdidas señaladas. Por tanto, la capacidad de réplica de la mayoría del sector sería nula o estaría seriamente limitada. La aplicación de la tarifa plana de TERRA no posibilitaría una actuación eficiente por parte de sus competidores en el mercado nacional de acceso a Internet a través de RTC o RDSI.

En cuanto a la intencionalidad a la que haya podido responder el comportamiento de TERRA, nótese que, a la luz de la doctrina jurisprudencial comunitaria, no toda competencia en precios llevada a cabo por un operador dominante podría considerarse legítima. La legitimidad de sus actuaciones encontraría el límite en las denominadas “conductas eliminatorias”. Tendrían esa consideración aquellas políticas de precios que estén ordenadas a perjudicar a un competidor.

En el marco de esta línea de valoración, cuando el precio aplicado sea inferior a la media de los costes variables, puede presumirse el carácter eliminatorio del comportamiento, el elemento subjetivo al que hemos hecho referencia. Estaríamos, por tanto, ante un abuso de posición de dominio por predación en precios. Por tanto, la valoración de los mismos como abusivos requeriría verificar únicamente la concurrencia del elemento objetivo del comportamiento, es decir, la eventualidad de que la media de los costes variables supere al precio aplicado. La existencia del elemento subjetivo se da por supuesta de concurrir el anterior. Téngase en cuenta que en el escenario en el que estamos situados, cada venta del producto o cada prestación del servicio ocasionaría a la empresa una pérdida: la totalidad de los costes fijos y al menos una parte de los costes variables por unidad producida. En esta tesitura, puede presumirse que la intención de la compañía no es sino perjudicar al competidor.

En el caso que nos ocupa ya hemos señalado que, de acuerdo con los análisis preliminares efectuados en su momento, el segmento de servicios de acceso a Internet de TERRA se encontraría en situación de pérdidas: se estarían perdiendo, por cliente, la totalidad de costes fijos y una parte de los variables.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En lo que se refiere a la existencia de un eventual trato de favor por parte de empresas del Grupo Telefónica hacia TERRA, vuelve a insistirse en un extremo ya planteado: a la vista de la presumible envergadura de las pérdidas en las que podría estar incurriendo TERRA, y dada la pertenencia de esta compañía al consorcio empresarial de constante referencia, no resultaba de ninguna manera descabellado entender que pudiera estar haciendo un uso, indebido, de las sinergias generadas en el seno de ese grupo industrial, algunas de cuyas empresas ostentaban posiciones de dominio en sectores conexos al acceso a Internet, como se ha visto.

Pero incluso en el supuesto de que, a la luz de información posterior a la fecha de adopción de la medida cautelar, no constase trato de favor alguno, o bien se acreditase la inexistencia de favoritismo hacia TERRA, nótese que :

- El simple hecho de que los medios a los que recurre una empresa dominante puedan ser calificados de “normales”, en el sentido de que empresas no dominantes hacen o pueden hacer uso de ellos, no basta para excluir la calificación de una determinada conducta como abusiva. Numerosos comportamientos son perfectamente lícitos cuando provienen de quienes no disfrutan de una posición de dominio y, sin embargo, están prohibidos cuando permiten a una empresa dominante reforzar o consolidar su posición en el mercado.
- Si bien es preciso que exista alguna suerte de vínculo entre la posición de dominio que ostente una empresa y el comportamiento eventualmente abusivo en el que incurra, no necesariamente ha de tratarse de una relación causa-efecto. La jurisprudencia comunitaria ha dejado atrás el criterio de la necesaria relación de causalidad entre dominancia y abuso: una conducta puede ser contraria al Derecho de la competencia incluso si no implica el ejercicio del poder de mercado de que disfruta su autor.

Por último, subrayar que en ningún momento esta Comisión ignoró el hecho de que la oferta de TERRA fuera posterior en el tiempo a la lanzada por otro operador, RETEVISION, S.A. Sin embargo, ese extremo no permite asimilar la actuación de TERRA a un legítima defensa de intereses comerciales. Efectivamente, esta compañía forma parte de un grupo industrial que, a través de algunas de sus empresas, ostenta posiciones de dominio en mercados conexos al sector de acceso a Internet. Si bien el mero disfrute de la condición de dominante no es censurable en sí mismo, sí implica, como se ha apuntado anteriormente, un debilitamiento de la estructura competitiva del mercado y, por tanto, una especial responsabilidad: aquélla que obliga a no incurrir en comportamientos que, de algún modo, puedan acentuar esa fragilidad inicial.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este contexto no podría estimarse aceptable una política de precios como la que, de acuerdo con los indicios existentes, pudiera estar practicando TERRA: conforme a los análisis preliminares efectuados, la aplicación de una tarifa equiparable a la de TERRA podría suponer pérdidas de una envergadura tal que únicamente entidades con un respaldo económico ciertamente remarcable serían capaces de asumir, replicando la práctica comercial en cuestión.

En suma, la medida adoptada en su momento no hace sino dar respuesta a una situación de riesgo cierto y probable para el deseable nivel de competencia efectiva en el mercado nacional de acceso a Internet a través de la RTC o RDSI. Riesgo éste, por otra parte, razonablemente inferido de indicios suficientemente asentados.

CUARTO.- SOBRE LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN DE ESTA COMISIÓN OBJETO DE IMPUGNACIÓN.

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado esta Comisión en su Resolución de 10 de agosto de 2000, por la que se desestimó la solicitud de suspensión del acto impugnado en el presente recurso.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único. Desestimar el recurso de reposición interpuesto por D. Joaquin de Fuentes Bardají, en nombre y representación de TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. contra 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 respecto de la "tarifa plana personal" que comercializa Telefónica Servicios y Contenidos por la Red, S.A. (TERRA), Resolución que se confirma en sus propios términos.

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 resuelve un recurso potestativo de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reposición, no puede interponerse de nuevo dicho recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse 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