

RESOLUCIÓN (Expte. 557/03, Astel/Telefónica)

Pleno

EXCMOS SEÑORES

PRESIDENTE

Don Gonzalo Solana González

VICEPRESIDENTE

Don Francisco Javier Huerta Trolèz

VOCALES

Don Antonio Castañeda Boniche

Don Julio Pascual y Vicente

Don Miguel Comenge Puig

Don Antonio del Cacho Frago

Don Fenando Torremocha y García-Saénz

Don Emilio Conde Fernández-Oliva

Don Miguel Cuerdo Mir

En Madrid, a 1 de abril de 2004

El **PLENO** del Tribunal de Defensa de la Competencia ha dictado **RESOLUCION** en el Expediente nº 2340/2001 incoado por el Servicio de Defensa de la Competencia, en virtud de la denuncia presentada por la ASOCIACION DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL) contra TELEFONICA DE ESPAÑA SAU (TELEFONICA) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia (LDC), modificada por la Ley 52/1999 de 28 de Diciembre y la Ley 9/2001 de 4 de Junio y por el Tratado de la Unión Europea “consistente en limitar la competencia mediante el tratamiento discriminatorio de las solicitudes de preasignación; vincular la prestación de determinados servicios a la inexistencia de preasignaciones con operadores competitivos; y realizar prácticas comerciales de recuperación de clientes, que producen confusión en el usuario”.

Ha sido Ponente el **EXCMO SEÑOR DON FERNANDO TORREMOCHA Y GARCIA-SAENZ.**

ANTECEDENTES DE HECHO

A.- EXPEDIENTE SERVICIO DEFENSA DE LA COMPETENCIA

PRIMERO.- La ASOCIACION DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL) en escrito fechado el día 22 de Noviembre del 2001, que tuvo su entrada el siguiente día 29 de Noviembre, en el Ministerio de Economía (Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia) siendo registrado con el Asiento de Entrada n° 3096, denunciaba a TELEFONICA DE ESPAÑA SAU (TELEFONICA) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia (LDC) consistentes en limitar la competencia mediante el tratamiento discriminatorio de las solicitudes de preasignación; vincular la prestación de determinados servicios a la inexistencia de preasignaciones con operadores competitivos; y realizar prácticas comerciales de recuperación de clientes, que producen confusión en el usuario.

Al efecto, calificaba tales conductas como de “abuso de posición de dominio” prohibidas por el Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Junio de Defensa de la Competencia y por el Artículo 82 del Tratado de la Unión Europea (Folios 1 y siguientes)

SEGUNDO.- La Secretaría General de Política Económica y Defensa de la Competencia, en Resolución dictada el día 21 de Diciembre del 2001 (Folios 325 y siguientes) tenía por recibido, con fecha 29 de Noviembre, escrito de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) en el que se formula denuncia contra Telefónica de España SAU (TELEFONICA) por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia (LDC), modificada por la Ley 52/1999 de 28 de Diciembre y la Ley 9/2001 de 4 de Junio.

En la meritada Resolución, el Servicio de Defensa de la Competencia ex Artículo 36.2 LDC “acuerda llevar a cabo una información reservada como diligencia previa a la incoación del correspondiente expediente, si procediere en su caso”.

Asimismo, solicitaba de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones “información al efecto”.

Por consecuencia de ello, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (Expediente A.J.2002/5803) remitía el día 25 de Enero del 2002 al Servicio de Defensa de la Competencia (Folios 408 y siguientes) CERTIFICADO del Acuerdo adoptado por el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en sesión celebrada el día 24 de Enero del 2002, concerniente al “Informe al Servicio de Defensa de la Competencia en relación con la denuncia presentada por ASTEL contra Telefónica SAU, en materia de preselección”.

TERCERO.- El día 25 de Febrero del 2002, el Secretario General de Política Económica y Defensa de la Competencia dicta PROVIDENCIA “vista la información reservada practicada, de acuerdo con lo dispuesto en el Artículo 36.3 LDC; de conformidad con lo establecido en los apartados 1 y 4 del Artículo 36 LDC, se acuerda la admisión a trámite de la denuncia y la incoación del expediente sancionador por prácticas restrictivas de la competencia prohibidas en el Artículo 6 LDC y Artículo 82 del Tratado de la Unión Europea (TUE) que quedará registrado con el número 2340/2001 el mismo bajo el cual se llevó a cabo la información reservada”.

Las actuaciones se entenderán con Telefónica de España SAU, así como con cualesquiera otras personas o entidades que pudieran aparecer vinculadas con los hechos denunciados. Nombrándose los Inspectores para la instrucción.

CUARTO.- Ambas, denunciante y denunciada, han sido parte en el Expediente, le han tenido a la vista, han alegado cuanto a su derecho convenía, han aportado cuanta documental han entendido ser necesaria y procedente a la defensa de sus argumentos, por lo que se han cumplido las exigencias propias de la norma del Artículo 24 de la Constitución Española, así como los principios de legalidad y seguridad jurídica que consagra el Artículo 9 del propio Texto Constitucional.

QUINTO.- El día 15 de Noviembre del 2002, los Instructores elevaron PLIEGO DE CONCRECIÓN DE HECHOS (Folios 1705 y siguientes) que fuera comunicado a las partes, quienes presentaron escritos de alegaciones (Folios 1784 y siguientes y Folios 1903 y siguientes).

SEXTO.- El día 17 de Febrero del 2003, los Instructores elevaron INFORME PROPUESTA (Folios 2114 y siguientes).

B.- EXPEDIENTE DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA.

PRIMERO.- El día 28 de Febrero del 2003, mediante Providencia, que fuera comunicada a las partes, se acordó “admitir a trámite el expediente tramitado por el Servicio de Defensa de la Competencia, con el número 2340/2001 en virtud de la denuncia formulada por la representación de la ASOCIACION DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL) por presuntas prácticas restrictivas de la competencia contrarias a la Ley 16/1989 de 17 de Julio”.

El Expediente se tramitará en el Tribunal de Defensa de la Competencia con el número 557/2003 y se nombra Ponente a la EXCMA. SEÑORA DOÑA MARIA JESUS MURIEL ALONSO.

Asimismo, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 39 de la Ley de Defensa de la Competencia, se acuerda admitir a trámite el Expediente, ponerlo de manifiesto a las partes interesadas, para que en plazo de QUINCE DIAS puedan proponer las pruebas que estimaren necesarias y la celebración de Vista ex Artículo 40.1 de dicha norma legal.

SEGUNDO.- Las partes personadas, en escritos al efecto, primero de prórroga del término concedido y posteriormente de proposición de pruebas documentales, bien reiterantes, bien nuevas, solicitaron por parte de ASTEL “someterse al mejor criterio apreciativo de este Tribunal en orden a la celebración de la Vista; y por parte de TELEFONICA se interesaba la celebración de Vista”.

TERCERO.- Este Tribunal mediante AUTO de 21 de Noviembre del 2003 ACORDABA: Primero, tener por aportada la prueba documental que obra en el Expediente y que se ha señalado en el Antecedente de Hecho 2º de este Auto Segundo, no admitir el resto de las pruebas propuestas, devolviéndose a la Entidad Telefónica de España SAU el soporte VHS aportado; Tercero, poner de manifiesto a los interesados el resultado de la prueba para que puedan alegar, en el plazo de diez días a contar desde la notificación de este Auto, cuanto estimen conveniente acerca de su alcance e importancia; y Cuarto, declarar que no procede la celebración de vista oral, debiendo proceder las partes interesadas a formular sus conclusiones por escrito en el plazo que oportunamente se señalará.

Ambas partes, evacuaron en su momento el trámite de conclusiones y valoración de las pruebas practicadas (Folios 484 y siguientes y Folios 515 y siguientes)

CUARTO.- El día 13 de Febrero del 2004 por medio de Providencia se acordaba “visto el estado del procedimiento y estimando el Tribunal que, para la resolución del expediente, es necesario disponer de determinada información que no figura en el mismo, en Diligencia para mejor proveer, de conformidad a lo dispuesto en el Artículo 42 de la Ley de Defensa de la Competencia, la práctica de la siguiente diligencia <Requerir a Telefónica de España SAU para que, en el plazo de 15 días, comunique a este Tribunal los ingresos obtenidos en el mercado del servicio de telefonía básico en España durante el ejercicio 2003>”.

Al efecto, de conformidad a lo reglado en el Artículo 56.2 de la Ley de Defensa de la Competencia “queda suspendido el plazo para dictar Resolución en este Expediente desde la fecha del Pleno en que se acordó esta Providencia”.

La misma fue comunicada a las partes, para su conocimiento y efectos Telefónica de España SAU, dando cumplimiento al requerimiento, en escrito fechado el día 4 de Marzo del 2004, informa que “los datos al 31 de diciembre del 2003 relativos a los ingresos por servicio telefónico básico están al día de hoy pendientes de auditar y ascienden a Euros 3.807.406.830”.

QUINTO.- Con posterioridad y en virtud del Real Decreto 383/2004 de 5 de Marzo “a propuesta del Vicepresidente Primero del Gobierno y Ministro de Economía, previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día 5 de Marzo del 2004, se ha dispuesto el cese de la Excm. Señora Doña María Jesús Muriel Alonso, como Vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia, en la Vocalía Séptima, por expiración de su mandato”.

El cese en la Vocalía lleva implícito el cese en la Ponencia.

Por consecuencia de ello, en la reunión del Pleno de este Tribunal, de conformidad con las normas de reparto de asuntos, se ha nombrado al Excmo. Señor Don Fernando Torremocha y García-Sáenz como nuevo Ponente, habiéndose comunicado a las partes, para su conocimiento y efectos, en Providencia fechada el día 15 de marzo de 2004.

En la misma se acordaba, asimismo, concederles el término de **DIEZ DÍAS** para que alegaran lo que a su derecho convinieren.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES en Informe Anual correspondiente al año 2000 “analiza la situación actual del mercado de la telefonía fija en España” que refleja la posición de dominio por parte de Telefónica de España SAU, que mantiene una cuota del 91,57% por ingresos totales, teniendo su inmediato competidor “tras cinco años” una cuota del 2,76%, teniendo sólo dos de los varios operadores que compiten en el mercado una cuota superior al 1%.

El mercado de las telecomunicaciones ha experimentado en los últimos años un proceso de liberalización progresiva, tras el régimen de monopolio anterior, que culmina en 1998 con la apertura a la competencia del mercado de la telefonía básica. El desarrollo de este proceso ha supuesto el paso de los servicios objeto del Contrato de Concesión entre el Estado y Telefónica de 26 Diciembre 1991, que se atribuían a Telefónica en condiciones de monopolio al régimen de competencia plena o restringida.

La transición desde una situación de monopolio legal a otra de libre competencia en este sector basado en la prestación de servicios a través de redes, requiere una regulación que asegure la entrada a los nuevos operadores en condiciones competitivas ya que, de otra forma, se enfrentarían a un mercado no expugnable. De ahí que:

1º- el operador dominante, en este caso Telefónica, propietario de la red básica (red de acceso) debe permitir el acceso a la misma en condiciones transparentes, no discriminatorias, objetivas, igualitarias y proporcionales a las condiciones de las que disfruta como titular de la red (ex Artículo 2.8 RDL 6/1996; Artículo 18 RD 1912/1997; y Artículo 22 de la Ley 11/1998).

2º-en un sector en el que resulta imprescindible la utilización de redes, la aplicación de los principios de la libre competencia exige la creación de operadores con una masa crítica mínima (Exposición de Motivos RDL 6/1997).

El Artículo 4 y la Disposición Transitoria Tercera del RD 1912/1997 señalan que Telefónica es operador dominante en la prestación del servicio telefónico básico.

El Artículo 3.1 y la Disposición Adicional Tercera de la Ley 11/1998 establece que Telefónica es operador dominante a los efectos de la prestación del servicio universal. El servicio universal se define en el Artículo 37 como “el conjunto definido de telecomunicaciones con una calidad determinada, accesibles a todos los usuarios con independencia de su localización geográfica y a un precio accesible”.

Además, Telefónica es el operador propietario de la red básica de telecomunicaciones y controla, por ello, el acceso a una instalación necesaria para la prestación de servicios en el mercado relevante. Por consecuencia de ello, debe poner a disposición de los operadores competitivos, entre otros, los siguientes: servicios de reparación de averías de los terminales; servicios de mantenimiento de la línea telefónica; servicio técnico ágil; servicio de salto de línea; servicio de desvío de llamadas; servicio de contestador; servicio de tarificación; servicio Ibercom; servicio RDSI; servicio ADSL; servicio de instalación y mantenimiento de líneas RDSI y ADSL; servicio de información telefónica a través del 1003, etc.

3º- La señal telefónica es llevada por la red de acceso de origen del terminal donde se ha iniciado la llamada hasta la central de conmutación que dicho terminal tenga asignada. Allí, la señal se encamina a la red de tránsito, por la que circulará hasta la central de conmutación de la que dependa el terminal destinatario de la llamada. Finalmente, esta central de conmutación transfiere la señal a la red de acceso de terminación, que la llevará hasta el terminal receptor de la llamada.

La introducción de la competencia en el mercado de la telefonía fija se puede realizar tanto a través de la red de acceso, como de la red de transporte o tránsito. La envergadura y complejidad de la red de acceso limita las posibilidades de entrada de operadores competidores en la medida que los nuevos entrantes deben afrontar elevadas inversiones económicas y extensos plazos de ejecución para llevar su propia red hasta cada uno de los potenciales clientes de sus servicios. Por ello, la introducción de la competencia en el mercado de la telefonía fija se viene centrando, durante las primeras fases del proceso de liberalización, en la entrada de nuevos operadores que compitan con la red de tránsito del anterior monopolista.

Para conseguir introducir competencia en la red de tránsito, resulta esencial que el usuario pueda elegir entre los distintos operadores que presten el servicio de transporte de la llamada. Debe configurarse, por tanto, un mecanismo que permita que la red de acceso origen de la llamada telefónica encamine ésta hacia la red de tránsito del operador elegido por el usuario para transportar la llamada. Este mecanismo puede adoptar la modalidad de selección del operador llamada a llamada o de preselección del operador.

SEGUNDO.- El mecanismo de la preselección o preasignación permite al usuario elegir por anticipado el operador que transportará sus llamadas de forma automática, sin necesidad de marcar un código de selección antes del número del destinatario de la llamada. La preasignación evita así una situación de discriminación o barrera a la entrada de nuevos competidores que no cuentan con red de acceso propia y, lo que es más importante, posibilita al usuario en un sistema económico de libre competencia y empresa decidir quién sea su operador.

“La trascendencia que desde el punto de vista de la competencia tiene el acceso en condiciones de igualdad a los servicios de los operadores de telecomunicaciones (operadores de acceso dominantes y nuevos entrantes) es el principio fundamental que informa la regulación en materia de preselección, junto con la preocupación por garantizar y proteger los derechos de los usuarios”.

En todo caso, la preasignación como herramienta de apertura del mercado de la telefonía fija, se ha visto retrasada por consecuencia de sucesivos incumplimientos de la normativa sectorial por parte de Telefónica (operador obligado a facilitar su puesta en funcionamiento). Es de recordar, las normas del Reglamento de Interconexión que desarrolla la Ley 11/1998 General de las Telecomunicaciones; el RDL 16/1999 que imponía a Telefónica la obligación de introducir los mecanismos y procedimientos necesarios para permitir el adecuado funcionamiento de las preasignaciones en el 100% de sus líneas digitales, antes del 1 Febrero 2000; el RDL 7/2000 de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones, amplía a este tipo de llamadas el ámbito del mecanismo de preasignación, que cubría hasta ese momento las llamadas a larga distancia (provinciales, interprovinciales e internacionales) viniendo a modificar la Ley 11/1998 de 24 de Abril General de Telecomunicaciones.

La preasignación se encuentra, finalmente, operativa desde el día 13 Febrero 2001.

TERCERO.- Las preasignaciones elevadas-cursadas a Telefónica se han visto discriminadas en el orden de las solicitudes conducentes a obtener las posteriores inhabilitaciones; se han producido notorias prácticas comerciales tendentes a la recuperación del mercado de usuarios preseleccionados; lo que ha llevado a una evidente confusión entre los usuarios, que viene propiciada por las campañas publicitarias, directivos, mailings, etc.

Por consecuencia de ello, gozan de fehaciencia y devienen indubitados los siguientes:

*1. En el marco del proceso liberalizador anterior, Telefónica ha diseñado y puesto en práctica una estrategia destinada a dificultar la preasignación de los operadores alternativos en el mercado del servicio telefónico básico. Dicha estrategia ha consistido en generar **confusión** en el usuario sobre las implicaciones de la preselección de operador, dando a entender que la seguridad o calidad de las comunicaciones puede resentirse como consecuencia de la preasignación, y que es muy probable que se tarde más tiempo en reparar averías.*

*Asimismo, Telefónica ha dado a entender a los abonados preasignados que como consecuencia de la preselección puede dejar de prestarles los servicios suplementarios en cualquier momento, o que los usuarios que no estén preasignados pueden disponer gratuitamente del servicio suplementario de identificación de llamadas, cuando lo cierto es que dicha oferta se dirigía en realidad a todos los abonados (**vinculación** de los mercados de servicios suplementarios al mercado del servicio telefónico básico).*

*El **alcance** de la citada estrategia ha sido **masivo** en todos los segmentos de clientes:*

- *se han difundido anuncios en televisión dirigidos a todos los abonados (gran público y empresas).*
- *En cuanto a las empresas, Telefónica ha realizado mailings periódicos a empresas preasignadas y ha impartido formación a*

los comerciales que contactan con ellas, a través de diversos argumentarios frente a la preasignación, que se han ido actualizando conforme se han ido ampliando las modalidades de preselección.

*La campaña comenzó en **1999**, es decir, en el inicio de la facilidad de preselección de operador, y está establecido por Telefónica que dure por lo menos hasta el **31 de diciembre de 2002**.¹*

Si bien es legítimo que Telefónica diseñe y aplique una campaña para mantener su posición en el mercado, no lo ha hecho con el especial cuidado que la legislación de defensa de la competencia exige a los operadores dominantes. Al contrario, Telefónica ha aprovechado su condición de operador de referencia para numerosos abonados y el escaso conocimiento de la gran mayoría de los usuarios respecto de la legislación aplicable en materia de preselección, esto es, los derechos y deberes que impone a los operadores alternativos a Telefónica, para generar confusión sobre las implicaciones de la preasignación y vincular la prestación de los servicios suplementarios a la inhabilitación de la preasignación.

Con ello, Telefónica ha obstaculizado las posibilidades de sus competidores de explotar en toda su amplitud las facilidades puestas a su disposición - y a la de sus clientes- por una legislación cuyo objetivo principal es precisamente permitir a los competidores de la denunciada poder ofertar servicios de telefonía fija en igualdad de condiciones y con ello poder acceder a los consumidores con las mismas armas competitivas que aquélla.

A continuación se analiza el conjunto de acciones, de entre las que componen la estrategia diseñada por la compañía en el ámbito de la preselección, que en opinión del Servicio contienen elementos restrictivos de la competencia. Si bien dichas acciones se agrupan, a efectos de claridad expositiva, en función del soporte utilizado, debe entenderse que todas forman parte de una estrategia única que contiene elementos de confusión y vinculación en el sentido antes citado.

¹ Respecto al inicio de la campaña: existe un *argumentario frente a la preasignación* elaborado cuando estaba en vigor la primera modalidad de preasignación (fijo – móvil y larga distancia), así como anuncios en televisión emitidos en 1999. En cuanto al final: en el expediente consta una estrategia específica relativa a la preasignación que abarca la totalidad del año 2002. Todos estos elementos se desarrollan más adelante.

2. ANUNCIOS DE TELEVISIÓN

Como se acredita a continuación, se han difundido anuncios en televisión que denigran la imagen de los competidores basándose en que no ofrecen determinados servicios cuya responsabilidad corresponde a Telefónica (instalación y reparación de la línea, prestación de servicios suplementarios), y que inducen a pensar a la gran mayoría de los abonados que pueden gozar gratuitamente del servicio suplementario de identificación de llamadas sólo si no están preasignados.

En cuanto a su alcance generalizado, tanto por emitirse en televisión como por su horario, los anuncios citados han sido vistos presumiblemente por un número muy elevado de usuarios.

2.1. ANUNCIOS QUE DENIGRAN A LOS COMPETIDORES DE TELEFÓNICA POR NO INSTALAR NI REPARAR LA LÍNEA, NI PRESTAR SERVICIOS SUPLEMENTARIOS:

2.1.1. En cuanto al denominado “Spot Preasignación Gran Público”, en el que aparece un joven conversando telefónicamente con un operador alternativo a Telefónica, y cuyo texto se reproduce a continuación (véase la secuencia de fotogramas en el anexo I) :

“¡ Genial!, entonces en ese precio ustedes ya me instalarían la línea, ¿verdad?

¡Ah!, que no. Pero el servicio de contestador sí.

Tampoco. ¡Vaya! ¿Y líneas RDSI para internet?

¡Ah!, que esa clase de líneas no.

¿Y llamada a tres?

O sea, que ni a tres, ni a cuatro, ni a nada. Oiga, disculpe un segundo,

¿pero si algún día tengo una avería? Que hable con TELEFÓNICA. Bueno, ¿y tú no tendrías por ahí el teléfono? El 1004. Pues muchas gracias, bonita, eh. Hasta luego, gracias.”

VOZ EN OFF: “El futuro de las telecomunicaciones está lleno de preguntas.

¿Quieres respuestas?

Infórmate en el 1004.

TELEFÓNICA”

(folio 1638, subrayado del SDC)

Este anuncio se emitió en dos oleadas, según indicó Telefónica en dos escritos:

Mediante escrito de 31 de octubre de 2002, con entrada en el Servicio el 13 de noviembre, Telefónica declaró, que

“Este spot se emitió en primera oleada desde el 10 de diciembre al 19 de diciembre de 1999, a través de TVE, Antena 3 TV, las televisiones autonómicas y Vía Digital. El horario “prime time” supuso el 36 % del total”

(folio 1698)

En cuanto a la segunda oleada, Telefónica declaró, en su escrito a de 4 de octubre de 2002, que:

“ (S)e emitió (...) entre el 1 de enero de 2000 y el 23 de enero de 2000, en las siguientes cadenas de televisión: TVE1, TVE2, Antena 3TV y cadenas autonómicas (TV3, TVM, C9, CST, TVG y ETB). El porcentaje en prime time sobre el tiempo total de emisión contratado fue del 45,9% durante ese periodo.”

(folio 1617)

2.1.2. En cuanto al spot titulado “Abuelita”, que recoge el diálogo de un comercial de un operador alternativo con una señora de avanzada edad que a continuación se transcribe (véase secuencia de fotogramas en el anexo II):

OPERADOR ALTERNATIVO (O.A.): “Buenos días”

SEÑORA: “Buenos días”

O.A.: “Somos el nuevo operador de telefonía, ¿conoce nuestros increíbles precios? Tome, mire, mire.”

SEÑORA: “Espere que me pongo las gafas que no veo.”

O.A.: “Claro, mujer, como no.”

SEÑORA: "Bueno, pero esto es igual que lo que tengo, ¿no?"

O.A.: "Bueno, dígame señora, ¿tiene alguna duda?"

SEÑORA: "Si se rompe el teléfono, va a venir usted a repararlo, ¿no?
Porque me resulta usted un chico muy simpático."

O.A.: "Mire, para eso vendrá Telefónica."

SEÑORA: "Ah, bueno, pero puedo poner el contestador..."

O.A.: "Sí, claro, mire, pero yo le comento..."

SEÑORA: "¿Y puedo hacer que una llamada se espere como hasta ahora?"

O.A.: "Sí, claro, pero déjeme que le explique..."

SEÑORA: "Ah, entonces no crea que chocheo, no me lío por cuatro duros, mire, yo tengo la tarifa esa de Telefónica de las cuatro estrellas, que me ahorro casi la mitad."

O.A.: "Sí, pero entienda que nuestros precios son..."

SEÑORA: "No."

O.A.: "Señora..."

SEÑORA: "No."

O.A.: "Por favor señora..."

SEÑORA (cerrando la puerta): "No, no, nada."

O.A.: "Por favor señora..."

SEÑORA (llamando a su perro): "Rogelio, Rogelio."

(El perro acude a la puerta y el comercial del operador alternativo se va)

CARTELA: "Telefónica, quién si no. "

Telefónica declaró en su escrito de 31 de octubre de 2002, con entrada en el Servicio el 13 de noviembre, que

"(...) se emitió desde el 22 de septiembre al 18 de octubre de 1999, a través de TVE, Antena 3 TV y las televisiones autonómicas. El horario "prime time" supuso el 52.6 % del total"

(folio 1698)

2.1.3. En relación con el anuncio “imprensa”, que reproduce una supuesta visita de un comercial de un operador alternativo al gerente de una imprenta, y que tiene el siguiente texto (la secuencia de fotogramas se encuentra en el anexo III):

O.A.: “Buenos días, señor Rubio, somos el nuevo operador de telefonía, vea qué precios y qué descuentos.”

SR. RUBIO: “Esto me interesa, aunque ya tengo buenos descuentos. Oiga, si tengo algún problema con la centralita, vendrán ustedes en menos de 4 horas como hasta ahora, ¿no?”²

SR. RUBIO: “Y las líneas rápidas de RDSI, me las podrían instalar, ¿no?”

O.A.: “Es que eso, mire, nuestra empresa pretende hacer toda una infraestructura y...”

SR. RUBIO: “Oiga, este papel se podría haber impreso mejor.”

O.A.: “Seguramente, pero, señor Rubio, ¿por qué no mira las ofertas?”

SR. RUBIO: “Mire, Telefónica me da un servicio global. Ahora, que si usted quiere, yo le puedo imprimir de nuevo esta hoja, hacerle un descuento, y mejor calidad.”

(...)

CARTELA: Telefónica, *quién si no.*”

(folio 1702)

Telefónica declaró en el citado escrito con entrada el 13 de noviembre que

“(...) se emitió desde el 22 de septiembre al 19 de octubre de 1999, a través de TVE, Antena 3 TV y las televisiones autonómicas. El horario “prime time” supuso el 52.6 % del total”.

(folio 1698)

2.1.4. En cuanto al anuncio “mensajería”, en el que se representa el diálogo del gerente de una empresa con un amigo, y cuyo texto

² Se refiere al Servicio Integral de Mantenimiento, consistente en reparar la línea en condiciones ventajosas, y que debe considerarse un servicio suplementario a efectos del expediente, como lo hace la propia Telefónica en sus escritos internos (folio 1105)

se reproduce a continuación (véase la secuencia de fotogramas en el anexo IV):

AMIGO (A): “Te acompaño Paco. Ah, has cambiado de mensajería.”

GERENTE (G): “Sí, mira, las otras tenían muchas ofertas, pero chico, la una no recogía a tiempo, la otra no llegaba. Total, que estaba de los nervios.”

A: “No exageres, seguro que te compensaba.”

G: “Hazme caso, lo mejor es una empresa que te ofrezca todos los servicios, si no, te vuelves loco con tanta oferta.”

A: “Oye, y hablando de ofertas, ¿qué vas a hacer con la compañía del teléfono?”

G: “Pues qué quieres que haga, quedarme con Telefónica. Mira, me han puesto el número 900, móviles, Internet, mantenimiento, todo. Y ojo, ahora quiero tres líneas RDSI, ¿y quién me las pone? Pues Telefónica.”

A: “Claro, así no arriesgas”

CARTELA: Telefónica, quién si no.

(folio 1704)

Telefónica señaló en el mismo escrito que

“(…) se emitió desde el 19 de octubre al 10 de diciembre de 1999, a través de TVE, Antena 3 TV, las televisiones autonómicas y Vía Digital. El horario “prime time” supuso el 49 % del total”

(folio 1698)

Los anteriores anuncios dan a entender que los operadores de telefonía competidores de Telefónica ni instalan y reparan la línea, ni prestan servicios suplementarios (servicio contestador, llamada a tres, espera, etc). Siendo esto cierto en sentido estricto, es más importante lo que no dicen los anuncios que lo que dicen. A saber, que el usuario tiene derecho a todos esos servicios desde el momento en que instala una línea de telefonía fija, servicios por los que paga todos los meses a Telefónica mediante la cuota de abono, y que el operador alternativo ni ofrece ni puede ofrecer. De este modo lo que los anuncios dejan entrever es una falta de capacidad del competidor de Telefónica para prestar unos servicios que no tiene que prestar, pero que el usuario, desconocedor de los detalles de la regulación de las

telecomunicaciones, ignora y atribuye a la inferior capacitación del operador alternativo frente a Telefónica. Esto es radicalmente falso pues en todos los casos lo que ofrece el competidor de Telefónica es un servicio de voz para el que previamente es necesario tener instalada una línea por la que el usuario ya paga a Telefónica y por la que ésta se encuentra obligada a prestar todos los referidos servicios que, según el anuncio, no le va a prestar el operador alternativo. Con ello se crea la falsa apariencia de que la contratación con un operador alternativo a Telefónica supondrá la pérdida de un conjunto de servicios que existen, pues se paga por ellos, con independencia del operador con el que se contrate el servicio de voz y se impide el acceso de los usuarios a servicios de telefonía alternativos que podrían resultar económicamente más atractivos por miedo a dejar de recibir unos servicios por los que ya se paga y los cuales no podrán dejar de ser recibidos por el hecho de cambiarse de operador.

2.2. ANUNCIOS QUE DAN A ENTENDER QUE PARA BENEFICIARSE DE LA OFERTA DEL SERVICIO SUPLEMENTARIO DE IDENTIFICACIÓN DE LLAMADAS GRATUITO ES NECESARIO NO ESTAR PREASIGNADO:

Se trata de anuncios que, al incluir la frase “ahora gratis por ser cliente de Telefónica”, inducen a pensar que para beneficiarse de esta oferta el abonado no debe estar preasignado a ningún operador alternativo, ya que la mayoría desconoce que por el simple hecho de tener una línea contratada con Telefónica ya se es cliente de esta empresa.

2.2.1. En cuanto al anuncio “Oficina”, con el siguiente texto (véase la secuencia de fotogramas en el anexo V):

EJECUTIVO: ¿Te conozco?

SEÑORA: ¿Perdone?

EJECUTIVO: Estoy seguro de que te conozco.

SEÑORA:...Como no haya sido en alguna fiesta de mi marido.

CARTELA: La importancia de saber quién es.

LOC OFF: Servicio de Identificación de Llamadas de Telefónica.

Para saber quién te llama.

Ahora gratis por ser cliente de Telefónica.

¡Pídelo ya!

(...)"

(folio 1929, subrayado del SDC)

Telefónica indicó en su escrito de 4 de octubre de 2002, que este anuncio

“ (...) se emitió durante los días 22 a 30 de junio de 2002, exclusivamente a través de Antena 3 TV. Los spots se emitieron en horario “prime time””.

(folio 1615, subrayado del SDC)

Coincidiendo dicho periodo y horario de emisión con la retransmisión de partidos de la selección Española durante el mundial de fútbol de Corea 2002, por lo que el número de espectadores fue más elevado que en un horario prime time normal.

2.2.2. La misma frase “gratis por ser cliente de Telefónica” figura en el anuncio denominado “Parking”, cuyo texto se reproduce a continuación (véase la secuencia de fotogramas en el anexo VI):

“CHICO: ¿No me has visto tío que estoy intentando aparcar?
¿Cariño, has visto este...?”

CHICA: ¡Hola Papá!

PADRE: Hola hija, ¿qué tal?

CHICA: Muy bien.

PADRE: ¿Pero...?

CHICA: Es Javi, es mi novio.

CARTELA: La importancia de saber quién es.

LOC OFF: Servicio de Identificación de Llamadas de Telefónica.

Para saber quién te llama.

Ahora gratis por ser cliente de Telefónica

¡Pídelo ya!

(...)"

(folio 1632, subrayado del SDC)

Según declaró Telefónica en el citado escrito de 4 de octubre de 2002:

"Este spot junto a la versión "OFICINA" forman parte de la misma campaña del Servicio de Identificación de Llamadas y se estuvo emitiendo como la versión anterior indistintamente durante los días 22 de junio al 30 de junio de 2002, exclusivamente en Antena 3TV. Como en la otra versión, este spot se emitió en horario prime time"

(folio 1615, subrayado del SDC)

Se observa por lo tanto que en los anuncios anteriores se ofrece gratuitamente el servicio de identificación de llamadas a los clientes de Telefónica que lo soliciten, por lo que en puridad no existe discriminación entre los usuarios preasignados y el resto, dado que unos y otros son clientes de Telefónica. Sin embargo, puesto que la legislación es desconocida por la mayoría de los abonados, el eslogan "ahora gratis por ser cliente de Telefónica" da a entender que la oferta está dirigida a los clientes exclusivos de Telefónica (es decir, los no preasignados), generando confusión en los usuarios sobre las implicaciones de la preasignación.

3. ARGUMENTARIOS FRENTE A LA PREASIGNACIÓN

Los argumentarios son documentos de formación para el personal de Telefónica que contacta con empresas preasignadas (folio 286), para transmitirles

"qué argumentos debemos emplear para intentar que los clientes dejen la preasignación con otros operadores y vuelvan a ser clientes de Telefónica".

(Folios 273 y 291)

En el expediente constan dos argumentarios:

- *El primero se elaboró al principio de la facilidad de preselección, ya que sólo hace referencia a la preasignación para llamadas a larga*

distancia y fijo – móvil. Existen tres versiones de este argumentario (escrita – folios 270 a 289, impresa de la Intranet de Telefónica – folios 290 a 303, y transmitida por fax a una empresa - folios 304 a 307). En ocasiones se observan ligeras diferencias entre ellos, como se explicará más adelante.

- *Además figura un argumentario de 29 de agosto de 2001, que incluye la preasignación de llamadas metropolitanas.*

Al ser los argumentarios prácticamente idénticos, en este apartado se reproduce el contenido restrictivo del primero, en su versión escrita (folios 270 a 289), indicándose, en su caso, las diferencias con los demás.

En síntesis, el contenido restrictivo de la competencia de los argumentarios consiste en instruir al comercial para que indique a los clientes preasignados (a pesar de no existir una justificación legal o técnica) que, con motivo de la preselección:

- *Es probable que se alargue considerablemente el tiempo de resolución de averías.*
- *Telefónica puede dejar de prestar en cualquier momento los servicios suplementarios.*
- *La seguridad de las comunicaciones puede disminuir.*
- *La atención al cliente por cualquier operador alternativo puede ser mucho peor (afirmación generalizada, que denigra a todos los competidores sin basarse en elementos objetivos).*

A continuación se analizan los elementos citados.

3.1. *Los argumentos que producen confusión sobre el **tiempo de reparación de averías** y su relación con la preasignación son los siguientes:*

- i. *“Al estar preasignado si tengo una avería, ¿a quién acudo?”*

Lo lógico sería ponerse en contacto con el operador que tiene preseleccionado. No obstante, en función del tipo de avería corresponderá a Telefónica o al otro operador solucionar el problema, por lo que es probable que se alargue el tiempo de resolución de la misma hasta que se determine quién es el responsable".

(folios 283, 299 y 304, subrayado del SDC)

En una transmisión por fax de este argumentario se dice que es "muy probable" (folios 306 y 307).

En la versión más reciente del argumentario, se añade que:

"La línea sigue siendo propiedad de Telefónica, por lo que las averías que correspondan a la misma serán responsabilidad de ella."

(folio 1118, subrayado del SDC)

ii. "¿Es verdad que con otro operador se evita el retardo que supone pasar por Telefónica y es mayor la rapidez de mis llamadas?"

NO. La preasignación no supone ninguna modificación en la forma de cursar las llamadas de larga distancia y a móviles, es más si usted cursa la llamada por un operador distinto de Telefónica, ésta atravesará dos redes: la de Telefónica y la del otro operador.

El problema puede venir a la hora de identificar una posible avería, ya que puede haberse producido en cualquiera de las redes y quizás es más lento el proceso de identificación del error."

(folios 284, 299, 305, 307 y 1119, subrayado del SDC)

iii. *“Telefónica es el único operador capaz de detectar inmediatamente cualquier avería en sus líneas y equipos y darle solución en el menor tiempo posible.”*

Sin embargo, en caso de que a un cliente preasignado con otro operador se le produzca una avería, habrá que determinar en qué red se ha producido, con el consecuente retraso en la resolución de la misma.”

(folios 286, 301 y 1120, subrayado del SDC)

iv. *No es cierto que el tiempo de resolución de averías pueda alargarse considerablemente debido a la preasignación, según consta en el acta de la inspección realizada el 9 de julio de 2002 en la sede social de Telefónica del Paseo Recoletos, 37-41:*

“Añade el Señor Ortueta (Director de Ventas a Corporaciones y Coordinación Territorial, folio 1625) que las averías normalmente se producen en el tramo que va desde la central hasta el bucle de abonado, teniendo éstas lugar casi siempre en la última milla. Cuando la avería está en la red de tránsito, afecta a un número muy elevado de usuarios (unos 10.000 clientes). El tiempo de reparación de la avería no depende de que el cliente esté preasignado o no, sino del tipo de avería. TESAU (Telefónica de España, S.A.U.) sabe enseguida si la avería está en su red o en la de otro operador.”

(folio 1327)

Es decir, Telefónica asegura a los usuarios preasignados que, con motivo de la preselección, es posible que se alargue el tiempo de reparación de averías, porque debe determinarse previamente en qué red se encuentra el error. Si bien es cierto que puede darse una avería en la red de acceso (de Telefónica) o en la de tránsito (del operador preseleccionado), en caso de que se encontrara en esta última, afectaría a un número de usuarios tan elevado (unos 10.000 según el Director de Ventas a Corporaciones y Coordinación Territorial de Telefónica), que se sabría inmediatamente que existe un problema en la red de tránsito. Es más, dado el alto número de afectados, puede suponerse que el operador de tránsito procuraría su inmediata resolución, ya que detectaría la avería inmediatamente, sin necesidad de que ningún usuario le avisase a él o a Telefónica.

En consecuencia, cuando un cliente preasignado comunica a Telefónica que tiene una avería, ésta sabe inmediatamente que el problema se encuentra en su red de acceso y no en la red de tránsito del operador alternativo, por lo que puede proceder a repararla en el mismo tiempo que si el abonado no estuviera preasignado.

Sin embargo, Telefónica utiliza un hecho improbable (que se tarde en determinar en qué red se encuentra la avería) como argumento frente a la preasignación. El carácter aparentemente técnico de la explicación dada por Telefónica (indicando que la llamada pasa por dos redes y hay que determinar en cuál se encuentra el error, pero omitiendo que la mayor parte de las averías se producen en la red de acceso, y que en caso contrario se sabe inmediatamente que el error está en la red de tránsito), unido a su condición de operador de referencia y al escaso conocimiento técnico de la mayoría de los abonados, hace que la afirmación de Telefónica, en apariencia correcta, no lo sea en absoluto si tenemos en cuenta que en la gran mayoría de los casos la preasignación no tiene porqué afectar al tiempo en que se tarda en resolver una avería.

Por ello la estrategia empleada por Telefónica consistente en transmitir posibles problemas y perjuicios derivados de la preasignación, cuando en realidad estos no se van a producir en la mayoría de los casos, constituye una maniobra para generar confusión con evidentes tintes anticompetitivos.

3.2. En cuanto a la preasignación y su relación con los *servicios suplementarios*, se indica:

- i. “¿Qué pasará, al estar preasignado, con todos los *servicios suplementarios asociados a mis líneas?*, ¿los perderé?”**

*Inicialmente NO. Sin embargo, la Administración reserva a Telefónica la decisión de proporcionar o no estos servicios (tipo llamada en espera, múltiples números por línea RDSI, salto de llamada, etc.) ya que son facilidades intrínsecas de la red de Telefónica. En principio Telefónica mantiene los *servicios suplementarios para clientes preasignados, pero existe la posibilidad de que varíe su precio e inclusive hasta sean inhabilitados.*”*

(folios 284, 299, 300, 305 y 307)

Teniendo en cuenta el contexto en que se realiza la anterior afirmación (apartado de preguntas y respuestas más frecuentes de un argumentario frente a la preasignación), es evidente que el propósito de Telefónica al responder lo señalado es dar a entender al usuario que con motivo de la preselección, puede dejar de prestar los servicios suplementarios o variar su precio. Ello supone establecer un vínculo entre la prestación de estos servicios y el servicio telefónico básico, en el sentido de que induce al abonado a pensar que la mejor forma de asegurarse la recepción de los servicios suplementarios o la no modificación de su precio es deshacer la preasignación y por tanto “volver con Telefónica”.

Sin embargo, no existe ninguna justificación técnica para vincular los servicios suplementarios a la inhabilitación de la preselección, ya que los mismos se soportan en la red de acceso, que es propiedad de Telefónica tanto si los clientes están preasignados como si no. Es decir, si Telefónica decidiera dejar de prestar los servicios suplementarios, no podría hacerlo legalmente en base a que el cliente se encuentre o no preasignado.

En consecuencia, el hacer creer a los clientes preasignados que Telefónica puede dejar de prestarles los servicios suplementarios por el mero hecho de estar preasignado constituye un clara conducta discriminatoria entre clientes preasignados y no preasignados, que además de carecer de cualquier tipo de justificación, y por tanto, estar prohibida por la legislación de competencia, atenta directamente contra los principios de la regulación sectorial (circulares de preasignación).

3.3. Respecto a la denigración general y no basada en elementos objetivos de los demás operadores:

“Confiar las telecomunicaciones a Telefónica implica reducir considerablemente su carga administrativa dado que (...) Existe un único interlocutor para todos sus asuntos de telecomunicaciones (otros operadores posiblemente ni siquiera proporcionen atención comercial personalizada).”

(folios 287, 301 y 1121)

Se observa cómo Telefónica realiza una afirmación que no está basada en elementos objetivos o comprobables, y sin especificar a qué operador u operadores se refiere, generando así más confusión sobre las implicaciones de la preselección, en este caso sobre la atención al cliente por parte de los operadores alternativos.

3.4. En cuanto a la **menor seguridad de las telecomunicaciones** con motivo de la preasignación, indica, como conclusión del argumentario:

“Si la Preasignación no introduce ninguna ventaja adicional a la situación actual, aumenta la carga administrativa, no disminuye el coste de las telecomunicaciones e inclusive pone en riesgo la seguridad de sus comunicaciones, ¿para qué preasignarse?”

(Folios 289 y 303)

De nuevo Telefónica instruye a sus comerciales para que realicen afirmaciones frente a clientes preasignados que carecen que cualquier fundamento y objetividad, al no existir razón alguna para que la preasignación ponga en riesgo la seguridad de las comunicaciones, creando de nuevo con ello confusión sobre las implicaciones de la preasignación.

4. MAILINGS

Según consta en el expediente, Telefónica realiza periódicamente envíos masivos de cartas tipo a empresas, la mayoría de ellas preasignadas, dando a entender que probablemente no han sido informadas de las “verdaderas” implicaciones de la preselección, anunciando que se pondrá en contacto en breve con ella para explicárselas, y adjuntando un boletín de inhabilitación.

Las cartas tipo están firmadas por el Director de Área de Marketing de Telefónica (D. Jesús Figueroa Granados) o por “su Asesor de Telecomunicaciones”.

En el expediente figuran cuatro modelos de cartas tipo muy similares. Seguidamente se reproduce el contenido de cada una de ellas, así como su número de destinatarios. También hay un folleto de contenido similar.

4.1. La **primera carta tipo** incluye el siguiente texto:

“Tener que respetar el plazo legal establecido nos ha impedido comunicarnos con usted para explicarle las implicaciones que dicha opción le puede suponer, si realmente se ha preasignado con otro operador, y que creemos que debe conocer.

Como supongo que ya habrá sido informado, la preasignación implica, entre otras cosas, que sus llamadas dejan de ser cursadas a través de la red de Telefónica, por lo que no podemos responsabilizarnos de la calidad del servicio del mismo modo que hemos hecho hasta ahora.

En cualquier caso, debo trasladarle el interés de nuestra empresa por ofrecerle la mayor información posible en relación al significado real de la preasignación, para lo cual, si nos lo permite, trataremos de contactar con usted, personal o telefónicamente, a la mayor brevedad posible.

(...)

Si usted se preasignó con otro operador y ya ha comprobado que Telefónica es el proveedor más adecuado para facilitarle sus servicios de telecomunicaciones, sólo tiene que enviarnos debidamente cumplimentado el boletín (de inhabilitación) adjunto.

Asimismo, aprovechamos la ocasión para enviarle un pequeño obsequio.”

(Folio 1546)

Consistiendo el obsequio en una tarjeta prepago de Telefónica por valor de 1.000 ptas. (folio 1548).

A juicio de este Servicio, la carta anterior pretende provocar como mínimo una cierta reserva frente a la preasignación en su destinatario, que en la mayoría de los casos será un abonado desconocedor de la tecnología y la legislación aplicables. Ello se debe a que se trata de una carta enviada por el operador de referencia, que hace mención a las “implicaciones” que la

preasignación puede suponer, así como a su “significado real”, dando por lo tanto a entender que existen ciertos riesgos inherentes a la preasignación de los que el cliente no ha sido informado.

En cuanto a la afirmación de que “no podemos responsabilizarnos de la calidad del servicio del mismo modo que lo hemos hecho hasta ahora” -que es cierta en sentido estricto puesto que la responsabilidad de la transmisión de la señal por la red de tránsito corresponde al operador preseleccionado-, contribuye a crear un temor infundado y abstracto respecto a la preasignación, ya que induce a pensar al destinatario que al no ser cliente exclusivo de Telefónica, la calidad del servicio básico puede resentirse, sin concretarse de dónde procede el riesgo, ni a qué operadores afecta.

Como colofón a lo anterior, se adjunta un boletín de inhabilitación. De nuevo este Servicio incide en que Telefónica es libre de realizar campañas de recuperación de clientes, pero deben basarse en una competencia leal, y no en arrojar dudas sobre la seguridad o calidad de las comunicaciones cuando se está preasignado o las “verdaderas” implicaciones de la preasignación. Es decir, en la carta anterior no se realiza un ofrecimiento por parte de Telefónica relativo a servicios o condiciones que puedan animar al cliente a deshacer la preasignación sobre la base de una mejor oferta económica o de calidad, sino que tan sólo se siembran dudas y se persigue infundir miedo sobre el funcionamiento de la preselección.

En definitiva, la carta tipo se engloba dentro de la estrategia de Telefónica de generar confusión y dudas infundadas frente a la preasignación, con el objeto de crear en el cliente una cierta reserva hacia la misma, y en su caso lograr que deshaga la preasignación “por lo que pueda pasar”. No debe olvidarse que quien reciba la carta ya habrá visto por lo menos los anuncios sobre la preasignación que se han reproducido anteriormente, de manera que la carta tipo refuerza su mensaje de que es mejor no cambiar de operador de telecomunicaciones para “no arriesgar”.

La carta anterior se ha enviado a un número elevado de empresas, como se acredita a continuación:

- a. Dicha carta forma parte del documento titulado “MODELOS DE CARTAS/FAX PARA LA PREASIGNACIÓN”, de 27 de febrero de 2002 (folio 1091), es decir, se trata de una carta modelo relacionada*

específicamente con la preasignación, por lo que se presume que la misma se ha enviado de manera masiva a clientes preasignados.

b. Además, puede probarse que la carta se ha enviado efectivamente al menos a (...) ³ empresas, aunque puede presumirse que el número de envíos es superior:

b.1 En el año 2000 se envió a (...) empresas, según se indica en un documento interno de Telefónica de fecha 24 de octubre de 2000:

“Éste será el tercero de una serie de envíos que estamos realizando de forma periódica a lo largo del año a un total de (...) clientes que utilizan otro Proveedor de Servicios de Telecomunicación distinto de Telefónica”.

(folio 1545)

b.2 En 2001 al menos a (...) ⁴ empresas:

i. “en enero de 2001 a (...) clientes”, según indicó Telefónica en su escrito de 2 de agosto de 2002 (folio 1606, subrayado del SDC)

ii. “(...) se remitió en julio de 2001 a (...) clientes empresariales de los cuales, de acuerdo con la información que hemos podido reunir, estaban preasignados 2.242”, según el escrito anterior. (folio 1.607, subrayado del SDC).

iii. La carta tipo se envió también en marzo, mayo y octubre (folios 264, 262 y 265)

b.3 En el año 2002, según un escrito de 4 de octubre de 2002 de Telefónica: al menos a (...) empresas, resultando esta cantidad de la suma de los siguientes envíos:

(...)

³ (...) + (...) + (...)

⁴ (...) + (...) + 3

b.4 El mailing del apartado anterior, según declaraciones de Telefónica, corresponde a la campaña de

“Recuperación Preasignados Vigente desde el: 01/01/2002 hasta el: 31/12/2002”(folio 1123),

Es decir, en el expediente figura el número de envíos entre enero y septiembre de 2002. Dado que la campaña está vigente hasta diciembre, el número total de envíos en 2002 es superior.

4.2. En el expediente consta una segunda carta tipo, prácticamente idéntica a la anterior, en la que la única diferencia es que se añade que

“(...) en breve plazo contactaremos con usted, personal o telefónicamente, para indicarle de qué implicaciones y condiciones se trata”

(folio 316)

Puesto que es prácticamente idéntica a la primera carta tipo, los mismos comentarios que se han realizado respecto a aquella son aplicables en este caso.

Esta carta se envió a (...) empresas en el año 2000, como suma de las cantidades siguientes:

- a. “en septiembre del año 2000 a (...) clientes.” según escrito de Telefónica de 2 de agosto de 2002, (folio 1607)*
- b. a (...) empresas en julio de 2000, según un documento interno encontrado en la inspección realizada en el edificio del Paseo Recoletos de Telefónica. (folio 1522)*

4.3. En cuanto a la tercera carta tipo, en la que se indica:

“(…) debemos trasladarle el interés de nuestra compañía en ofrecerle la mayor información posible en relación al significado real de la preasignación, para lo cual en breve nos pondremos en contacto telefónico con usted”

(folio 394)

Esta carta se ha enviado en **2001 y 2002** a (...) empresas, según el escrito de Telefónica de 2 de agosto de 2002:

“La primera fase comenzó en febrero de 2001, fecha en la que se envió la carta a (...) clientes. (...)”

La segunda fase comenzó en septiembre de 2001 y se ha prolongado hasta junio de 2002. (...) durante estos nueve meses la carta se ha remitido a un total de (...) clientes de los cuales (...) estaban preasignados.”

(folios 1607 y 1608, subrayado del SDC)

4.4. En relación con la cuarta carta tipo, encontrada en la inspección realizada en el edificio del Paseo Recoletos de Telefónica, que contenía el siguiente texto:

“queremos agradecerle su confianza en Telefónica, sobre todo en un contexto en el que la continua competitividad entre empresas puede llegar a confundir a empresas y particulares”

(folio 1565)

a la que se adjuntaba un folleto incluyendo la siguiente afirmación:

“NO REALIZAR TODAS SUS LLAMADAS CON TELEFÓNICA (...)
Significa que la resolución de averías puede que tarde más, ya que Telefónica no puede responsabilizarse del servicio de mantenimiento que otras operadoras proporcionan a sus clientes.”

(folio 1567)

Según se lee en la carta tipo anterior, el hecho de que exista una continua competitividad (debería decir competencia) entre los operadores tiene la connotación negativa, a juicio de Telefónica, de que puede llegar a confundir a empresas y particulares. Se produce así la paradoja de que

Telefónica genera confusión sobre las implicaciones de la preasignación a través de anuncios, argumentarios y mailings, y posteriormente la achaca a la relativa competencia existente en el mercado del servicio telefónico básico.

Se trata de otro elemento dentro de la estrategia encaminada a inducir una actitud de permanecer con Telefónica “por si acaso”, que queda reforzada con el argumento sobre la probabilidad de que el tiempo de resolución de averías se alargue como consecuencia de la preasignación, lo cual es muy poco probable en la práctica y produce confusión en el usuario, como se ha explicado en el apartado correspondiente de los argumentarios.

En cuanto al envío generalizado de la carta y el folleto adjuntos anteriores, según una nota interna encontrada en la inspección, el 18 de abril de 2000 se envió a (...) pequeñas empresas (folio 1564), y en febrero de 2002 se remitió un folleto conteniendo la afirmación anterior (folio 1397) a un número indeterminado de PYMES (folio 1396).

CONCLUYENDO: El Tribunal hace suyos, como propios, la totalidad de los anteriores ASERTOS establecidos por el Servicio de Defensa de la Competencia, partiendo de los hechos objeto de denuncia, a la luz de los que conforman el definitivo PLIEGO DE CONCRECIÓN DE HECHOS por cuanto no han podido ser DESVIRTUADOS en el argumentativo desarrollo de las varias ALEGACIONES de Telefónica (que obran en el Expediente del SDC, como en el propio de este TRIBUNAL).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- COMPETENCIA OBJETIVA Y FUNCIONAL PARA CONOCER Y EL PRINCIPIO DOCTRINAL DEL NON BIS IN IDEM.-

1º.- La doctrina jurisprudencial, emanada de las Salas Primera y Tercera del Tribunal Supremo, partiendo de la inicial de 20 de Febrero de 1992 establece que “el principio académico del **non bis in idem**, aunque consiguientemente no aparece consagrado constitucionalmente de manera expresa, ha de entenderse integrado en el principio de legalidad y seguridad jurídica consagrado en el Artículo 9 de la Constitución Española, determina la prohibición de que por Autoridades de un mismo orden jurisdiccional y a

través de procedimientos distintos o alternativos, se sancione repetidamente una misma conducta”.

Ciertamente, la inmodificabilidad de las Resoluciones y/o Sentencias, firmes o definitivas tiene un amparo constitucional, específicamente en el Artículo 24.1 de la Constitución y dogmáticamente se conecta con los principios anteriormente citados (legalidad y seguridad jurídica), pero también resulta de la normativa legal ordinaria y jurisprudencial ex Artículo 1252 del Código Civil, en concordancia con los Artículos 222 siguientes y concordantes de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil en orden a la **presunción de cosa juzgada**, al ser aplicado e interpretado por el Tribunal Supremo en cuanto que “no es admisible que en un segundo o ulterior proceso se pueda desconocer o disminuir de cualquier manera el bien reconocido en la Resolución o Sentencia anterior y que concurre la cosa juzgada si resultan una contradictio manifiesta entre lo que ya se resolvió y lo que de nuevo se pretende, si se accede a conocer de nuevo”.

Porque dada la finalidad del proceso, que tiende a conseguir la seguridad jurídica, deviene obvio que cuando vaya a desembocarse en dos Resoluciones que pueden resultar opuestas y contradictorias entre sí puede y debe acudir al **Principio General del Derecho “non bis in idem”**.... puesto que para que surta efecto positivo lo juzgado, en pretensiones que lo presupongan no tiene que ser articulada la específica y formal excepción, ya que las decisiones de los Tribunales (dictadas en los respectivos órdenes jurisdiccionales) sientan una presunción de verdad que vincula al Juzgador, aunque no concurren las condiciones de la **exceptio rei iudicata**.

2°.- La anterior digresión doctrinal lleva a incardinarla **prima facie** en la evidente Certificación de la Sesión 3/2002 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 24 de Enero del 2002 “a requerimiento del Servicio de Defensa de la Competencia en relación con la denuncia presentada por ASTEL contra Telefónica SAU en materia de preselección” (Folios 408 y siguientes).

Bajo el epígrafe **OBJETO DEL INFORME** se concreta que “con fecha 27 de Diciembre del 2001 tiene entrada en esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito del Servicio de Defensa de la Competencia, en el cual comunica la existencia de un procedimiento (sancionador) iniciado previa denuncia de la Asociación de Empresas Operadoras y de Servicios de Telecomunicaciones (ASTEL) por supuestas prácticas destinadas a

entorpecer la tramitación de solicitudes de preasignación a favor de operadores competidores de dicha Entidad, así como la recuperación de clientes que han optado por preseleccionar a los competidores de la denunciada mediante la vinculación de la prestación de determinados servicios a la inhabilitación de dicha preselección”.

Así, el Servicio de Defensa de la Competencia ex Artículo 51.1 de la Ley de Defensa de la Competencia, en cuanto al deber de colaboración, solicita de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones determinada información que se estima necesaria para la determinación de la existencia de una infracción de la Ley de Defensa de la Competencia por parte de la denunciada Telefónica de España SAU”.

El desarrollo de las que establece como **CONSIDERACIONES PREVIAS** mantiene que “de acuerdo con lo prevenido en la Ley 12/1997 (Artículo 1º. Dos 2, letra f) corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de ofertas de servicios, el acceso a las redes de telecomunicaciones por los operadores, la interconexión de las redes y el suministro de red en condiciones de red abierta y la política de precios y comercialización por los operadores de los servicios”, del tenor que desarrolla en epígrafes numerados.

Seguidamente establece que “como complemento a esta labor preventiva, de eliminar obstáculos que impidan el desarrollo eficaz de la preselección, esta Comisión cuenta con el instrumento del que típicamente se dota a las Administraciones Públicas para velar por el cumplimiento de las Leyes: la potestad sancionadora. En efecto, tanto la Letra l) del Artículo 1. Dos 2 de la Ley de Liberación de las Telecomunicaciones, como la propia Ley General de Telecomunicaciones atribuyen a esta Comisión el ejercicio de la potestad sancionadora por el incumplimiento de las instrucciones (circulares) dictadas para salvaguardar la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones y de los Acuerdos y Resoluciones que adopte en ejecución de las funciones públicas que se le atribuyen”.

Y bajando al hecho concreto que nos ocupa, establece que “en el ejercicio de esta misma competencia cabe enmarcar también la Resolución de fecha 15 de Marzo del 2001, en la que se acordó no iniciar procedimiento sancionador contra Telefónica de España SAU por presunto incumplimiento de la Circular 1/1999 de esta Comisión (del Mercado de las Telecomunicaciones) y que se basaba en unos **hechos aparentemente**

similares a los que han motivado la apertura de expediente por el Servicio de Defensa de la Competencia”.

Concluyendo que “en el terreno de protección de los derechos de los administrados..... pudiera acontecer que rechazada una petición expresamente por un órgano que es competente, se acuda a otro órgano que **pudiera a priori tener competencia** para conseguir el mismo fin y ello una vez defraudada la pretensión inicialmente planteada”.

“Lo anterior conduce inevitablemente a la conclusión que el Servicio de Defensa de la Competencia **habría de abstenerse** de analizar las conductas denunciadas, desde la perspectiva de si las mismas han vulnerado o no las obligaciones que la legislación sectorial impone al operador dominante en materia de preselección, pues tal control, tratándose de Circulares o Resoluciones de esta Comisión, compete a ella de modo exclusivo. En este sentido, la Ley 11/1998 General de las Telecomunicaciones, en su Disposición Adicional 7ª establece que la coordinación entre CMT y los órganos de Defensa de la Competencia se entiende “sin perjuicio de las funciones que a la propia CMT le atribuye el Artículo 1º Dos 2 f de la Ley 12/1997”.

De ahí que “una eventual sanción, si se produjere por los mismos hechos enjuiciados por esta Comisión (CMT) en su Resolución 15 Marzo 2001 podría suponer una vulneración del principio non bis in idem, consagrado como principio de la potestad sancionadora en el Artículo 133 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común pues por los mismos hechos y por idéntico fundamento (**la salvaguarda de la libre competencia**) se habría producido un doble enjuiciamiento por autoridades distintas”.

3º.- Por ello, partiendo de este **principio rector de salvaguarda de la libre competencia** deberá estarse al desarrollo expositivo de motivos de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia (que no del Mercado de las Telecomunicaciones). Así, “la defensa de la competencia, por tanto, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación, ha de concebirse como un mandato a los poderes públicos que entronca directamente con el Artículo 38 de la Constitución Española” (Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación).

Y sigue “la presente Ley (de Defensa de la Competencia) responde a ese objetivo específico : garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público, siendo asimismo **compatible** con las demás leyes que regulan el mercado conforme a otras exigencias jurídicas o económicas, de orden público o privado”. Así bajo el título primero “De la libre competencia” se regula en el capítulo primero “De los acuerdos y prácticas restrictivas o abusivas” un sistema de control flexible de los acuerdos que limitan la competencia en el mercado nacional y se prohíbe tanto el ejercicio abusivo del poder económico como aquellas conductas unilaterales que por medios desleales sean capaces de falsear sensiblemente la competencia”.

“La aplicación de la Ley (de Defensa de la Competencia) en cuanto se trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de los intereses públicos se encomienda en el Título Segundo a órganos administrativos : el Tribunal de Defensa de la Competencia, con funciones de resolución y, en su caso, de propuesta; y el Servicio de Defensa de la Competencia, al que se encarga la instrucción de los expedientes por la precisión de dotar al sistema de la independencia necesaria respecto de la Administración activa”.

Por su parte, el Real Decreto 864/2003 de 4 de Julio por el que se aprueba el Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia “lo configura como el **órgano central del sistema de defensa de la competencia español** establecido por la Ley 16/1989 de 17 de Julio”.

4°- Por consecuencia de todo ello, acorde con el **principio de jerarquía normativa** que consagra el Artículo 1 del Código Civil, deviene obvio que este TRIBUNAL tiene competencia objetiva y funcional exclusiva para conocer de la pretensión deducida en el inicial Expediente Administrativo n° 2340/2001 incoado por el Servicio de Defensa de la Competencia y que conforma el propio de este Tribunal bajo el n° 557/2003

Entre otras, sin ánimo de agotarlas, por las siguientes consideraciones:

4.1 por imperio de norma legal específica y concreta, que no es otra que la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia, como hemos puesto de manifiesto en anteriores desarrollos argumentativos.

4.2 porque si bien pudieren existir normativas atributivas a los varios órganos administrativos que, incluso, pudieran venir solapadas entre sí “abarcando campos de atribución compartida” no es menos cierto, que el campo de desarrollo de conocimiento atribuido a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones debe entenderse “como el propio de la técnica de la telecomunicación”.

Item más, goza de un carácter ex nunc o preventivo cautelar de cualquier conducta o actividad de los sujetos sometidos a su ámbito de actuación; mientras el propio del Servicio de Defensa de la Competencia lo sería ex post una vez producida la conducta o el hecho.

4.3 en todo caso, este TRIBUNAL es competente no tanto por razón de la materia, que también, sino por razón del conocimiento objetivo y funcional que de forma exclusiva y concluyente, le concede el Ordenamiento.

5º- Sentado todo lo anterior y adentrándonos en el definitivo incardinamiento del argumento, debemos concluir que no estamos en presencia de un “**bis in idem**” por cuanto no existe tal **bis**, fácilmente comprobable en el orden comparativo de la pretensión deducida por la ASOCIACION DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL) ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y la concreta denuncia que la citada Asociación eleva al Servicio de Defensa de la Competencia.

5.1 en lo que concierne al expediente tramitado ante la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, partiendo del inicial aserto (página tercera del Informe) “aun cuando esta Comisión desconoce los términos concretos de la denuncia”. . . .“presumiblemente”.. . .“en cualquier caso y de ser otros los Hechos enjuiciados” (página séptima) “en el ejercicio de esta misma competencia cabe enmarcar también la Resolución de fecha 15 de Marzo del 2001 **en la que se acordó no iniciar procedimiento sancionador contra Telefónica de España SAU por presunto incumplimiento de la Circular 1/1999 de esta Comisión....**

5.2 por el contrario, la denuncia presentada por la Asociación ante el Servicio de Defensa de la Competencia (**petitum final**) calificaba la conducta de Telefónica de España SAU “como la propia de un abuso de posición de dominio, prohibida expresamente por el Artículo 6 de la

Ley 16/1989 de 17 de Julio y su concordante Artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea”

Obviamente la causa o razón de pedir eran distintas, lo que llevaba a encontrar caminos distintos de conocimiento y posterior enjuiciamiento de tales conductas, de ahí que no exista una DUPLICIDAD o BIS en el conocimiento y resolución.

SEGUNDO.- FONDO.-

Sentado lo anterior, debemos proceder a resolver sobre el fondo de la cuestión “conducta sancionable” que se concreta “en el escrito de denuncia instado por la ASOCIACION DE EMPRESAS OPERADORAS Y DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES (ASTEL) contra Telefónica de España SAU (TELEFONICA) **por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia (LDC) consistentes en limitar la competencia mediante el tratamiento discriminatorio de las solicitudes de preasignación; el vincular la prestación de determinados servicios a la inexistencia de preasignaciones con operadores competitivos; y realizar prácticas comerciales de recuperación de clientes, que producen confusión en el usuario”.**

El previo establecimiento fáctico nos lleva inexorablemente a CONCLUIR:

1°.- como CUESTIÓN PREVIA establecer que la realización de una llamada a través de la red telefónica fija conlleva el uso de dos tramos diferenciados **“la llamada red de acceso y la de transporte o tránsito”**. La red de acceso une cada uno de los millones de terminales con una central de conmutación, mientras la red de tránsito une estas centrales de comunicación entre sí.

La señal telefónica es llevada por la red de acceso desde el terminal donde se ha iniciado la llamada hasta la central de conmutación que dicho terminal tenga asignada. Allí, la señal se encamina a la red de tránsito, por la que circulará hasta la central de conmutación de la que dependa el terminal destinatario de la llamada. Finalmente, esta central de conmutación transfiere la señal a la red de acceso de terminación, que la llevará hasta el terminal receptor de la llamada.

Pudiendo concluirse que “la introducción de la competencia en el mercado de la telefonía fija se puede realizar tanto a través de la red de acceso, como de la red de transporte o tránsito”.

2°.- Telefónica de España SAU, desde tiempos inmemoriales, mantiene una posición de privilegio en el mercado de la telefonía fija por consecuencia de haber desarrollado su actividad en régimen de monopolio legal. Circunstancia ésta o condición privilegiada que, en la actualidad, mantiene no tanto en orden al porcentual (ronda en \pm el 90%) de la cuota de mercado frente al resto de los operadores alternativos o competitivos (competencia residual), sino lo que es más importante mantiene “como operador de acceso” en orden a la prestación de servicios que le son propios, pero que debe poner a disposición de otros, los siguientes: servicio de reparación de averías en los terminales; servicio de mantenimiento de la línea telefónica; servicio técnico ágil; servicio salto de línea; servicio de desvío de llamadas; servicio de contestador; servicio de tarificación; servicio Ibercom; servicio RDSI; servicio ADSL; servicio de instalación y mantenimiento de líneas RDSI y/o ADSL; servicio de información telefónica a través del 1003 de Telefónica; o servicio general de calidad, etc., con la sola excepción de.....

Los mismos deben ser puestos a disposición de las preasignaciones presentadas por los operadores alternativos, siempre y en todo caso, y no son objeto o causa de una recuperación vía inhabilitación.

No siendo menos relevante, que en la actualidad Telefónica de España SAU conserva ex normativa sectorial “la disposición como operador de acceso quien determina y asigna en régimen de exclusividad la tramitación de las solicitudes de preasignación a favor de otros operadores” no tanto en el tiempo, con mayor o menor agilidad en la autorización, sino en orden a la discrecionalidad y/o arbitrariedad decisoria de tales pretensiones.

3°.- El Reglamento General de las Telecomunicaciones aprobado por Real Decreto 1651/1998 de 24 de Julio que desarrolla la Ley 11/1998 General de las Telecomunicaciones “en orden a la interconexión y el acceso a redes públicas (Reglamento de Interconexión) dispone que “ los operadores dominantes a los que se refiere el Artículo 17 de este Reglamento deberán implantar en su red, antes del 30 de Noviembre de 1998, los mecanismos de preasignación de operador en las líneas de abonado conectadas a centrales telefónicas digitales, para los servicios telefónicos de larga distancia y para los de telefonía móvil y los de comunicaciones móviles personales”.

Por consecuencia del retraso en el desarrollo reglamentario, se promulga el Real Decreto 16/1999 en orden a adoptar medidas para facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones “imponiendo a Telefónica la obligación de introducir los mecanismos y procedimientos necesarios para permitir el adecuado funcionamiento de las preasignaciones en el 100% de sus líneas digitales antes del 1 Febrero 2000”.

El Real Decreto Ley 7/2000 de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones “amplía a este tipo de llamadas el ámbito del mecanismo de preasignación que cubría hasta ese momento las llamadas de larga distancia (provinciales, interprovinciales e internacionales) modificando la Ley 11/1998 de 24 de Abril General de las Telecomunicaciones, al disponer que “los operadores de redes públicas fijas que tengan la consideración de dominantes **facilitarán** antes del 15 de Noviembre del 2000, los procedimientos de selección llamada a llamada y de preasignación de operador en las líneas de abonado conectadas a centrales telefónicas digitales, para las llamadas de ámbito metropolitano”.

La preasignación para este tipo de llamadas se encuentra finalmente operativa desde el día 15 Febrero 2001.

4°.- No deviene innecesario, ni debe ser calificado como reiterante o reiterativo, hacer una concreción de las disposiciones normativas que conforman y reglan el sector “en orden al proceso liberalizador” y que sucintamente enumeramos:

4.1 En cuanto al calendario y procedimiento de la preasignación:

*a) para las llamadas a **larga distancia y fijo-móvil** en centrales digitales:*

El Real Decreto 1651/1998, de 24 de julio, por el que se aprueba el Reglamento por el que se desarrolla el Título II de la LGT, en lo relativo a la interconexión y al acceso a las redes públicas y a la numeración, estableció en su artículo 19.5 que Telefónica debía implantar en sus centrales digitales los mecanismos de preasignación de llamadas a larga distancia y fijo-móvil antes del 30 de noviembre de 1998.

Posteriormente, el Real Decreto-Ley 15/1999, de 15 de octubre, por el que se adoptan medidas para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones estableció como fecha tope el 1 de febrero de 2002. Esta fecha quedó reflejada igualmente en la Circular 1/1999, de 4 de noviembre (B.O.E. del 11), de la CMT, sobre la implantación de la preasignación de operador por los operadores dominantes en el Mercado de Redes Públicas de Telecomunicación Fijas (dispositivo tercero), conforme al Reglamento de Interconexión antes citado.

b) para las llamadas metropolitanas en centrales digitales:

La Orden del Ministerio de Ciencia y Tecnología de 6 de noviembre de 2000 estableció transitoriamente un mecanismo de preasignación de operador para las llamadas metropolitanas.

Posteriormente, el Real Decreto-Ley 7/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones, fijó el 15 de noviembre de 2000 como fecha tope para que la facilidad de preasignación de llamadas metropolitanas estuviera disponible en las centrales digitales de Telefónica (artículo 3).

Más adelante, la Circular 1/2000, de 30 de noviembre (B.O.E. de 13 de diciembre), de la CMT, sobre la habilitación de procedimientos para la preselección de comunicaciones de ámbito metropolitano abordó el procedimiento para la denominada preasignación global (de llamadas a larga distancia, fijo-móvil y metropolitanas), así como para pasar de la preselección global a la preselección de llamadas a larga distancia y fijo - móvil.

La Circular 1/2001, de 21 de junio (B.O.E. de 27 de julio), de la CMT, sobre la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicación fijas derogó las Circulares 1/1999 y 1/2000, contemplando la preselección para llamadas a larga distancia y fijo-móvil, local y global, y agilizando los procedimientos.

c) en las centrales analógicas de Telefónica:

La preasignación en este tipo de centrales debe estar disponible antes del 25 de noviembre de 2002, según la Circular 1/2002, de 8 de mayo (B.O.E. del 24), de la CMT, sobre la disponibilidad de la facilidad de la preselección en líneas de abonado conectadas a

centrales analógicas. Esta circular también establece que si Telefónica no cumple el plazo citado, el operador preseleccionado puede exigir la preselección virtual, consistente en que éste factura al abonado aunque Telefónica curse las llamadas. (dispositivo tercero).

d) en las llamadas a números novecientos, servicios de radiobúsqueda y servicios suplementarios:

La Circular 2/2002, de 18 de julio (B.O.E. del 31) de la CMT, por la que se revisa la Circular 1/2001, de la CMT, sobre la implantación de la preselección de operador por los operadores de acceso obligados a proveerla en el mercado de redes públicas de telecomunicación fijas determina que la facilidad de preselección para llamadas a números novecientos (excepto el de cobro revertido automático 900), servicios de radiobúsqueda y llamadas generadas por servicios suplementarios debe estar disponible antes del 1 de marzo de 2003, y define la preselección global extendida como la global más la de los servicios citados. Esta circular entró en vigor el 31 de agosto de 2002 (disposición final).

4.2 Cuando se analiza un supuesto denunciado abuso de posición de dominio, la estructura del análisis debe necesariamente conformar: una definición de lo que sea el mercado relevante; una determinación de si la empresa denunciada ostenta posición de dominio en este concreto mercado relevante que se encausa; y una determinación de si la conducta de la empresa en tal posición de dominio puede considerarse abusiva.

El **Reglamento CE 4069/89** define el concepto de “mercado relevante” desde una doble vertiente:

- “el mercado de producto de referencia” comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.

- “el mercado geográfico de referencia” comprende la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que

puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevalentes son sensiblemente distintas de aquéllas.

A su vez, la **Comunicación de la Comisión Europea 9 Diciembre 1997** define “la posición de dominio” como aquélla que permite al que la ostenta comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y consumidores.

4.3 La concreción definitoria del “concepto de posición de dominio” a nivel COMUNITARIO podría venir puntualizada en estos cinco hitos :

1. **Memorandum de la Comisión sobre el problema de las concentraciones en el mercado común de 1 de diciembre de 1965:** “La posición de dominio es, en primer lugar, un poder económico; es decir, la facultad que tiene cada empresa dominante de ejercer sobre el funcionamiento del mercado una influencia notable y en principio previsible.”
2. **Sentencia TJCE Continental Can (1973):** “Cuando tienen una posibilidad de determinar su comportamiento con independencia que les permita actuar sin tomar en consideración a los competidores, compradores o proveedores.” En cierto sentido, se asocia la posición de dominio a la posibilidad de fijar precios por encima del nivel competitivo.
3. **Sentencia TJCE United Brands (1978):** Demuestra que la posición de dominio no sólo se basa en independencia en cuestiones de precios sino que también puede afectar a otros aspectos como, en este caso, el control de los puertos de salida de los plátanos y los mecanismos de distribución de estos.
4. **Sentencia TJCE Hoffman-La Roche (1979):** “Una posición de fuerza económica mantenida por una empresa, que le proporciona el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportamientos independientes, en una medida apreciable, frente a sus

competidores y clientes y, finalmente, frente a los consumidores.” Recopilación de conceptos recogidos en los puntos anteriores e, incluso, en el Tratado CECA.

5. Comunicación de la Comisión Europea de 9 de diciembre de 1997 define la posición de dominio como aquella que permite al que la ostenta comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, consumidores.

A su vez, tal concreción del concepto a nivel español lo sería:

1. Como curiosidad histórica, aunque ya sin vigencia. Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia de 1963: “Una empresa goza de posición de dominio cuando, para un determinado tipo de producto o servicio, es la única oferente o demandante dentro del mercado nacional, o cuando, sin ser la única, no está expuesta a una competencia sustancial en el mismo.” Concepto inspirado en el Tratado CECA.
2. Ley de Defensa de la Competencia de 1989. Se elimina la definición de posición de dominio.
3. Resolución TDC Tecnotron (1992): “La existencia de una posición dominante es fundamentalmente una cuestión de poder económico, técnico y, en definitiva, potencial de actuar en el mercado sin someterse a las reglas efectivas de la competencia.” “La posición dominante de una empresa se ostenta cuando la empresa en cuestión, en relación con un mercado específico, tiene la posibilidad de tener un comportamiento independiente y que por esa sola cualificación restrinja la competencia.”
4. Resolución TDC Cofradía de Pescadores Nuestra Señora del Carmen (1993): “Una situación de poder económico detentada por una empresa que le da el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva sobre el mercado en cuestión, proporcionándole la posibilidad de comportamientos independientes, en una medida apreciable, en

relación con sus competidores, sus clientes y, finalmente, sus consumidores.”

5. Resoluciones TDC Aluminios Navarra, Electra Avellana y Bacardí (1999): “Una empresa disfruta de posición de dominio en un mercado cuando tiene en el mismo poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para actuar sin tomar en consideración las posibles reacciones de los competidores y, de esta manera, ser capaz de modificar en su provecho el precio u otra característica del producto.”

Y finalizaríamos con una aproximación a la determinación de la existencia de posición de dominio con las siguientes misceláneas:

Sentencia TJCE United Brands (1978): “la investigación sobre si una empresa está en posición dominante debe hacerse examinando, en primer lugar, su estructura y, después, la situación competencial en dicho mercado.”

“La existencia de una posición dominante resulta en general de la reunión de varios factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente determinantes.”

Los factores que considera el TJCE en esta Sentencia son:

- Recursos y métodos de producción. Exclusividad.
- Métodos de presentación (embalaje). Exclusividad.
- Transporte y venta. Canales alternativos o no.
- Integración vertical.
- Número y fuerza de competidores. Reales o potenciales.
- Cuotas de mercado.
- Barreras de entrada.

1. Cuotas de mercado

Primera variable de aproximación pero no determinante como ya señaló el *Memorandum* de la Comisión Europea de 1965: “La dominación del mercado no puede ser únicamente definida a partir de la porción de mercado que posee una empresa.” La Sentencia TJCE *United Brands* vino a corroborar esta situación. La posición de dominio venía determinada por la suma de una serie de factores: propiedad de plantaciones en diversas zonas del Trópico le hacían más inmune a catástrofes naturales, la propiedad de barcos adaptados para el transporte de bananas, una marca reconocida (Chiquita), una cuota de mercado de alrededor del 40%-45% en el mercado relevante.

La Sentencia TJCE *Hoffman-La Roche* (1979) da un paso más considerando que una *alta cuota de mercado* es “*altamente significativa*” de la existencia de posición de dominio. De hecho, señala que “*cuotas extremadamente importantes constituyen, en sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante siempre y cuando se mantengan durante un período de una cierta duración.*” Cuotas superiores al 50 % si el resto de competidores son numerosos y pequeños (así lo recoge la Sentencia AKZO III de 1991).

A *sensu contrario* una cuota de mercado inferior al 25 % excluye la existencia de posición de dominio salvo circunstancias particulares (Sentencia Metro contra SABA I de 1977) que ha sido recogido en el Reglamento 4064/89 de concentraciones.

La Decisión CE *MSG Media Service* (1994) introduce la *perspectiva dinámica* para considerar el valor de la cuota de mercado (ya se apuntaba en la Sentencia Hoffman-La Roche pero en este caso se desarrolla más). La existencia de un monopolio o un gran poder de mercado en un *mercado de futuro* que únicamente *comienza a desarrollarse* no constituye una posición de dominio si dicho mercado permanece abierto a nuevos competidores (*no existencia de barreras de entrada*).

En España la evolución viene determinada por la Ley vigente. Entre 1963 y 1989, el valor de la cuota de mercado era muy elevado para la determinación de la existencia de posición de dominio (de hecho, la Sentencia *Cervezas* (1974) señala que era necesario que la empresa en

cuestión fuera la única oferente en el mercado y no estuviera sometida a competencia sustancial).

Esta situación cambia otorgando mayor valor a otros factores en Resoluciones como *Tecnotron* (1992) y en las citadas de 1999. La Resolución *Bacardí* es paradigmática: “Una elevada cuota de mercado de una empresa (70 % en este caso) *no determina necesariamente* una posición de dominio de la misma. Es únicamente un factor que sólo con el concurso de otros puede procurar tal posición dominante.”

2. Barreras de entrada

Las barreras de entrada estabilizan cuotas de mercado altas. Por eso, son tan importantes para la determinación de la existencia o no de posición de dominio.

Administrativas o legales.

Económicas o de mercado. Inversiones, economías de escala, diferenciación de producto (marcas).

Tecnológicas.

Sentencia TJCE Michelin (1983) calificó la posición de esta empresa como poco vulnerable a la competencia tras señalar que, para una empresa de transporte por carretera, la decisión de cambiar de marca de neumáticos para sus camiones es difícil en la práctica, ya que necesita un tiempo considerable para comprobar que los de una marca son más rentables que los de otra. Se considera como barrera de entrada un aspecto propio del funcionamiento del mercado.

Decisión CE Nestlé/Perrier (1992). Notoriedad de las marcas.

Decisiones CE Hoffman-La Roche y United Brands. Elevadas inversiones.

3. Análisis conductista

Complementaria del análisis estructural.

Decisión CE *Continental Can* (1971). La posibilidad de determinar los precios o controlar la producción o la distribución de una parte importante de los productos en cuestión.

Sentencia TJCE *Hoffman-La Roche*. “La capacidad de la empresa de influir notablemente sobre las condiciones en que la referida competencia se desarrolla y, en cualquier caso, de comportarse en gran medida sin necesidad de tenerla en cuenta y sin que, no obstante lo cual, esta actitud le perjudique.”

Decisión CE *Napier Brown-British Sugar* (1988). Posición de dominio de British Sugar porque dada su estructura de costes goza de una posición de price leader.

4. Análisis de dependencia

Vínculo entre dos empresas cuando una de ellas se presenta como el contratante obligatorio de la otra. Posición de dominio relativa coincidente con las características de la situación de dependencia económica de nuestra legislación.

Decisión CE *General Motors* (1974). Cualquier importador paralelo belga estaba obligado a dirigirse a ella para obtener el certificado de conformidad necesario para que el vehículo importado pudiera circular por Bélgica.

Decisión ABG-Empresas petroleras en los Países Bajos (1977). Dada la crisis del petróleo, los distribuidores independientes holandeses dependían de sus proveedores para lograr aprovisionarse.

Decisión CE *Hugin/Lipton* (1977). Dependencia para el mantenimiento y reparación de las máquinas de Hugin puesto que ésta es la única que tenía piezas de recambio.

Decisión CE *Magill TV Guide* (1988). Dependencia de las editoras de guías de televisión respecto de cada cadena de televisión.

En cualquier caso, este criterio debe manejarse de una forma prudente.

4.4 Tras el establecimiento de HECHOS PROBADOS ha quedado acreditado que Telefónica de España SAU ha diseñado y puesto en el mercado (práctica de empresa) una estrategia tendente a dificultar la preasignación de los operadores alternativos. Dicha estrategia ha consistido en general

- Confusión al dar por supuesto y entendido que la seguridad o calidad de las comunicaciones puede resentirse como consecuencia de la preasignación (reparación de averías, dejación en la prestación de servicios suplementarios, indisponibilidad gratuita de los servicios suplementarios de identificación de llamadas, etc) **haciendo abstracción de la vinculación de los mercados de servicios suplementarios al mercado del servicio telefónico básico.**
- **Inducción errónea a clientes** por mensajes ambiguos o falsos en orden a autorizaciones **puntuales**, tendentes a una recuperación de clientes al margen de los usos pacíficos de la libre competencia.
- **Conductas** todas ellas **reiterantes y masivas**, trasladadas por cuantos medios mediáticos, publicitarios o de información (tanto directa como indirecta) se han producido, que en todo caso deben ser calificadas como **denigrantes** (a modo de ejemplo, los spots Gran Público, Abuelita, Imprenta, Mensajería, Oficina, Parking, etc., sin olvidar el envío masivo de mailings) que no hacen sino reiterar una conducta, que no puede ser calificada de puntual, sino que se viene conformando como propia y ordinaria.

5º.- Todo lo anterior debe llevar a la valoración jurídica de las conductas establecidas, en base al Ordenamiento que deviene de aplicación. Telefónica de España SAU ha vulnerado la norma del Artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia por realización de prácticas de vinculación, de carácter reiterante y masivo en aras a la eliminación de los competidores, prevaliéndose de una posición dominante (mercados y servicios) que debe ser incardinada en la norma del Artículo 82 del Tratado de la Unión.

Las conductas empresariales han sido de un tenor denigratorio hacia y por y para sus competidores, generadoras de confusión y distorsión del mercado, a nivel empresario y usuario, por lo que ha vulnerado la norma del Artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia, por subsunción en el anterior Artículo 6 al venir realizada desde el imperio de ser operador dominante, afectatoria de una correcta y ordenada funcionalidad de preasignaciones.

TERCERO.- CONDUCTA SANCIONABLE.-

La relatada conducta de Telefónica de España SAU debe ser calificada como **conducta muy grave** desde las varias perspectivas y condiciones que, ex Artículo 10 de la ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia, que seguidamente desarrollamos:

1° por afectar sustantiva y gravemente al proceso liberalizador de las comunicaciones, desde el mirador de un ex monopolio, que sigue manteniendo una prepotencia en el orden de los subsiguientes servicios a prestar a los competidores. Esto es, seguimos en presencia de un ex monopolio que, a pesar de lo indicado por el Ordenamiento legal, que le vincula y que regla su actividad, no abre el mercado de la telefonía básica.

2° por afectar al mercado en su plenitud, dada la extrema duración de las relatadas conductas restrictivas, obstruccionistas e incluso oscurantistas, puestas de manifiesto a todo lo largo del proceso instructor, que en ningún momento han podido ser desvirtuadas de contrario.

3° por afectar seriamente a los mercados, tanto en el orden concreto de la competencia considerado como causa, como en los subsiguientes efectos que ello produce y que tienen su relevancia en los económicos (principio de causa a efecto), que han sido ampliamente relatados en el orden comparativo, partiendo del momento inicial al tiempo actual, en que tras un bajón se ha recuperado nuevamente en el porcentual total del mercado.

Como referente de la primera afirmación (imputación) decir que “el número de solicitudes de preasignación denegadas por Telefónica es equivalente al 29% de las finalmente efectuadas; por su parte, el número de preasignaciones que, finalmente, acaban siendo inhabilitadas a favor de Telefónica alcanza una proporción del 23%”.

Como referente de la segunda deviene de notoria importancia que “salvo en el primer periodo anual en el que Telefónica bajó el porcentual de clientes-usuarios” tras las acreditadas prácticas restrictivas del mercado competencial ha recuperado una parte muy significativa del mismo, llegando casi a los iniciales niveles.

De ahí que “la especial responsabilidad de un operador dominante, como Telefónica, en un mercado de libre competencia y en su actuación comercial viene claramente señalada por la doctrina jurisprudencial comunitaria (a modo de ejemplo la dictada y que conforma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto Hoffman-La Roche de 13 de Febrero de 1979) al establecer que **la empresa dominante, recurriendo a métodos diferentes de los que constituyen la competencia normal en las transacciones comerciales, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el incremento de tal competencia.**

Podríamos concluir, estableciendo como común denominador que **las prácticas restrictivas de la competencia, en un mercado de libre competencia son sancionables no tanto por ser un monopolio, sino de valerse y prevalerse de tal posición dominante para perjudicar a sus rivales-competidores.** Sería pretencioso referenciar todas y cada una de las resoluciones dictadas al respecto.

4º reseña aparte y pormenorizada merece, finalmente, la conducta de Telefónica por cuanto no estamos en presencia de una conducta impropia o puntual de un momento y caso determinado, sino que la suya REPETITIVA “si la calificamos en el lenguaje coloquial común de las gentes” o REITERATIVA Y REINCIDENTE “en términos de un lenguaje forense” que si bien “necesitaría de un previo establecimiento y posterior calificación y condena en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo” no es menos cierto que existe un solape de ambas expresiones.

Y decimos que se ha convertido en una conducta propia, constante y continuada de Telefónica si citamos, a modo de ejemplo, las últimas Resoluciones dictadas por este Tribunal, que en modo alguno agotan el número y son:

- Expte. 489/00 MOB/Telefónica Móviles. Resolución de 24 de abril de 2001

- Expte. 394/97 Telefónica-Ibertex. Resolución de 27 de julio de 1999
- Expte. 413/97 Airtel/Telefónica. Resolución de 26 de febrero de 1999

Tras lo anteriormente establecido, concluimos diciendo que en el Expediente se dan la totalidad de requisitos condicionantes que contempla el Artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia, quedando ahora únicamente y a modo de reflexión final decir, reiterando nuestras anteriores Resoluciones que:

1º en realidad, el abuso de posición dominante sobre todo en su aspecto anticompetitivo puede revestir una gran variedad y cantidad-calidad de formas y, con frecuencia, los casos que se presentan ante las autoridades de competencia carecen de antecedentes formales y no se repiten con las mismas características, **siendo una excepción** tanto en sus iniciales conductas, como en la totalidad de pasos seguidos Telefónica los enjuiciados en nuestra RESOLUCION EXPEDIENTE 456/1999 Retevisión-Telefónica.

Lo que subyace en común en todos los casos de abuso de posición de dominio, con independencia de la forma que adopten, es el concepto objetivo por el que la empresa dominante, recurriendo a métodos diferentes a los que constituyen la normal competencia en las transacciones comerciales amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el incremento del tal competencia (Sentencia Hoffman-La Roche).

De ahí que este TRIBUNAL en el citado expediente Retevisión-Telefónica “considerase la campaña Los Planes Claros como una conducta constitutiva de abuso de posición dominante por su intención de obstaculizar el acceso de su primer competidor en telefonía básica **mediante una campaña de contenido desleal**”.

Todo ello puede y debe predicarse de la conducta de Telefónica seguida en esta denuncia y objeto de encausamiento.

2º el abuso de posición de dominio puede dirigirse a la explotación de los consumidores o a obstaculizar indebidamente la acción de los competidores. Es doctrina comunitaria consolidada en el Derecho de la Competencia (caso Michelin 322/1981) y español (Resolución 26 Febrero 1999 Airtel-Telefónica Expte 413/1997) que incumbe a la empresa con posición dominante una

especial responsabilidad en el mantenimiento en el mercado de unas condiciones no distorsionantes o distorsionadoras de la competencia.

Por otra parte, la doctrina reconoce la necesidad que la empresa dominante mantenga su esfuerzo competitivo, reaccionando con eficacia a las acciones de sus competidores, ya que sólo así se derivarán los efectos beneficiosos de la competencia.

Ante la dificultad de distinguir las conductas abusivas de un operador dominante de las que constituyen un legítimo esfuerzo competitivo, la Comisión y el Tribunal de Justicia europeos han venido utilizando el criterio de que “la conducta para ser legítima debe tener una justificación objetiva (Centre Belge d’Etudes de Marché Telemarketing 1986, Hilti 1988, Tetra Pak 1988, BPB 1989) y para la apreciación del abuso entonces será tan necesario considerar los componentes restrictivos o desleales de la conducta, como la intensidad y el grado de posición dominante, las amenazas que presentan los competidores, la proporcionalidad de la respuesta y su intención excluyente o competitiva.

3º no es discutible, ni cabe duda sobre la posición dominante de Telefónica en el mercado de la telefonía básica, ya que desde sus inicios en España hasta 1998 era el único operador activo en este mercado.

Por su intención anticompetitiva y por su contenido desleal, la campaña constituyó un abuso de posición dominante. El primer factor a considerar es la coyuntura histórica en que la campaña se produce y es la inmediatamente subsiguiente a la de Los Planes Claros; en segundo lugar, se ha considerado la enorme desproporción de medios que Telefónica pone en juego (ex relato histórico); no siendo menos relevante, incluso definitorio “los destinatarios de las campañas”.

El hecho que Telefónica asumiera esos riesgos sólo puede explicarse desde la óptica “de anular la campaña de preasignaciones”. De la misma manera que los monopolios pueden desentenderse de la necesidad de innovar, de modernizar, de procurar la mayor satisfacción a los consumidores, siempre que las barreras de entrada sean altas y seguras, sólo los monopolios, junto con empresas ocasionales a las que no importa desaparecer del mercado, son capaces de producir una deliberada frustración de éste.

El TRIBUNAL considera, final y concluyentemente, que no existía necesidad objetiva alguna de asumir tales riesgos, ni de infligir tal trato a los usuarios y que, por ello, se trata ciertamente de una conducta abusiva en la que Telefónica no estuvo a la altura de la especial responsabilidad que incumbe a quien ostenta una posición dominante, al reaccionar de manera desleal y desproporcionada a la amenaza que percibía en la irrupción de su competidor, excediendo el derecho que le asiste a adaptarse a las nuevas condiciones de competencia.

4º Por consecuencia de ello, con amparo en el Artículo 10.1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del apartado 2 del propio Artículo “en atención a la especial gravedad de la infracción, habida cuenta de la modalidad, alcance de la restricción de la competencia, de la dimensión del mercado afectado, la cuota de éste, los efectos producidos, la duración y repetición (= reiteración) de las infracciones, en orden al abuso de su posición dominante, tanto si se dirige a la explotación de los consumidores como a restringirla acción de los competidores, partiendo del objetivado nivel de ventas (Folio 563) que la propia Telefónica establece según “los datos a 31 de Diciembre del 2003 relativos a los ingresos por servicio telefónico básico, pendientes de auditar al día de hoy, ascienden a EUROS 3.807.406.830”; atendiendo a todo ello y que las infracciones afectan a la totalidad del mercado nacional y no se contraen como en el caso de Retevisión al campo interprovincial ACUERDA imponer a Telefónica de España SAU la sanción de **EUROS CINCUENTA Y SIETE MILLONES**.

Item más, dejar acreditado que la anterior conducta que hemos sancionado ex Artículo 10 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia, también ha vulnerado la norma del Artículo 82 del Tratado.

Con amparo en la norma del Artículo 46.5 de la tantas veces citada Ley de Defensa de la Competencia, procede dar a esta RESOLUCION la máxima difusión de lo en ella resuelto, publicándola en el BOE y en las páginas de información económica en dos de los diarios de información general de circulación nacional.

Vistos los preceptos citados y los demás de general aplicación **EL TRIBUNAL**

HA RESUELTO

PRIMERO.- Declarar acreditada la realización por parte de TELEFONICA DE ESPAÑA SAU de una conducta restrictiva de la competencia, prohibida por el Artículo 6 de la Ley 16/1989 de 17 de Julio de Defensa de la Competencia y por el Artículo 82 del Tratado C.E., consistente “en un abuso de posición dominante, al vincular la prestación de determinados servicios a la inexistencia de preasignaciones con operadores competitivos y realizar campañas desleales de publicidad que producen confusión en el usuario y denigran a los competidores”.

SEGUNDO.- Imponer a TELEFONICA DE ESPAÑA SAU, como autora de esta conducta prohibida la multa de **EUROS CINCUENTA Y SIETE MILLONES**.

TERCERO.- Intimar a TELEFONICA DE ESPAÑA SAU para que se abstenga, en lo sucesivo, de realizar tales prácticas y conductas prohibidas, que ha mantenido a lo largo de todo este tiempo y no han cesado, durante la instrucción de este expediente.

CUARTO.- Ordenar a TELEFONICA DE ESPAÑA SAU a realizar mailings a todas las empresas a las que ha enviado cartas-tipo con contenido anticompetitivo, indicando que la preasignación de operador no supone ninguna implicación negativa en términos de calidad de servicio telefónico básico, mantenimiento de la línea, recepción o precio de los servicios suplementarios.

QUINTO.- Ordenar a TELEFONICA DE ESPAÑA SAU la publicación, a su costa y en el plazo subsiguiente de dos meses a contar desde la notificación de esta Resolución, de la parte DISPOSITIVA de la misma en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de información económica de dos de los diarios de información general de mayor circulación de ámbito nacional.

En caso de incumplimiento de ello se le impondrá una multa coercitiva de **EUROS TRES MIL** por cada día de retraso e incumplimiento de los acuerdos.

SEXTO.- En todo caso, TELEFONICA DE ESPAÑA SAU justificará ante el Servicio de Defensa de la Competencia el puntual y correcto cumplimiento de

todo lo acordado en los anteriores apartados SEGUNDO, CUARTO Y QUINTO.

Comuníquese esta RESOLUCION al Servicio de Defensa de la Competencia, con notificación a las partes interesadas, haciéndoles saber que contra la misma no cabe Recurso alguno en vía administrativa, pudiendo sí interponer Recurso Contencioso Administrativo ante la Audiencia Nacional en el plazo de DOS MESES contados desde el siguiente al de su notificación.