

## **RESOLUCIÓN (Expte. MC 26/97 Servicom-Telefonica 2)**

### **Pleno:**

Excmos. Sres.:

Petitbò Juan, Presidente

Fernández López, Vicepresidente

Bermejo Zofío, Vocal

Alonso Soto, Vocal

Berenguer Fuster, Vocal

Hernández Delgado, Vocal

Rubí Navarrete, Vocal

Castañeda Boniche, Vocal

Pascual y Vicente, Vocal

En Madrid, a 9 de marzo de 1998.

El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia , con la composición expresada al margen y siendo Ponente D. Juan Manuel Fernández López, ha dictado la siguiente Resolución en el Expte. MC 26/97 SERVICOM-TELEFONICA 2 (1443/96 del Servicio de Defensa de la Competencia) incoado en virtud de la propuesta del Servicio de Defensa de la Competencia (el Servicio) para que por el Tribunal se dicten nuevas medidas cautelares dirigidas a asegurar la eficacia de la Resolución final que recaiga en el Expediente que se sigue en el Servicio por denuncia de Servicios de Información Interactivos (SERVICOM) contra Telefónica de España S.A. (TELEFONICA), Telefónica Transmisión de Datos S.A. (TTD), Telefónica Servicios Avanzados de Información S.A. (TSAI) y Servicios y Contenidos por la Red S.A. (SCR).

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. Se recibió en este Tribunal, con fecha 16 de diciembre de 1997, escrito de la Subdirectora General sobre Conductas Restrictivas de la Competencia por el que se notifica al Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) el Acuerdo de la Dirección General de Política Económica y Defensa de la Competencia del día 11 de los mismos, por el que se acuerda proponer al Tribunal la adopción de medidas cautelares contra TELEFONICA y sus empresas filiales.
2. Las medidas que se proponen son sustancialmente las mismas ya acordadas por el Tribunal en el Expediente MC 18/96 por Resolución de 4-2-1997 y que se concretan en las siguientes:

"1. *Para TELEFONICA DE ESPAÑA S.A., UNISOURCE ESPAÑA S.A.,*

*TELEFONICA SERVICIOS AVANZADOS DE INFORMACION S.A. (TSAI S.A.) Y SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED S.A. (SCR S.A.).*

*Abstenerse de realizar la publicidad conjunta de sus servicios de forma que en sus respectivas actividades publicitarias incorporen las referencias necesarias que permitan a los consumidores o clientes distinguir los distintos servicios que prestan cada una de ellas, con identificación clara de cuál de las empresas citadas es la que los presta y, particularmente, en lo que se refiere a los servicios prestados por TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. en régimen de monopolio y los demás servicios.*

- 2. Para TELEFONICA DE ESPAÑA S.A. abstenerse de usar las líneas bajo el número 022 o cualquier otro número por medio del cual presta servicios en régimen de monopolio, para la distribución de los servicios de conmutación de datos y de información, así como para ofrecer la contratación o cualquier tipo de información acerca de esos servicios de conmutación de datos y de información.*
- 3. Que se impongan las multas coercitivas a que se refiere el art. 45.4 LDC para asegurar el cumplimiento de las medidas propuestas ".*

*Se justifica la necesidad de adopción de las nuevas medidas en que "siguen dándose las condiciones que hicieron necesarias la adopción de esas medidas cautelares"; ninguna otra precisión.*

- 3. Toda vez que no se acompañaba antecedente alguno por el SDC en el que se fundamenten las medidas, y habida cuenta de que desde la fecha en que se adoptaron las primeras medidas cautelares debió avanzar la instrucción del Expediente, se solicitó del SDC los correspondientes antecedentes, antes de la admisión a trámite.*

*Por el SDC se remitieron con fecha 12-1-98 determinados documentos correspondientes a la vigilancia realizada y una fotocopia de todo el Expediente.*

- 4. Por Providencia de 16 de enero de 1998 se admitió a trámite por el TDC la petición de medidas cautelares y se dio traslado de tal petición a los interesados conforme a lo dispuesto en el art. 45.3 LDC, dejando entretanto de manifiesto el Expediente en Secretaría para instrucción de los mismos.*
- 5. TELEFONICA TRANSMISION DE DATOS S.A. (antes UNISOURCE*

ESPAÑA S.A. y anteriormente TELEFONICA TRANSMISION DE DATOS S.A.) se opone a la adopción de medidas mediante escrito que tiene entrada en este Tribunal el 29 de enero de 1998 con base en las siguientes alegaciones:

- 5.1. No concurrir los presupuestos de las medidas cautelares ya que TTD ha cumplido con las medidas que le fueron impuestas, según reconoce el TDC en su Resolución de incidente de fecha 30 de julio de 1997 en la que se advierte a las empresas del Grupo del cumplimiento que deben hacer de las medidas y la repercusión que ha de tener en su caso en el expediente principal.
- 5.2. No existe publicidad conjunta en relación con los servicios prestados por TTD pues es TELEFONICA quien en su calidad de distribuidor promociona los servicios prestados por TTD. Prueba de ello son los folletos recientemente aparecidos en los que puede leerse que el servicio es suministrado por TTD y comercializado por TELEFONICA.

TTD se presenta en el mercado como una empresa prestadora de servicio de telecomunicación de valor añadido, miembro del grupo TELEFONICA, cuyos servicios son comercializados por TELEFONICA, distribuidora y promotora de los mismos.

6. TELEFONICA se opone a las medidas, por escrito que tiene fecha de entrada en el TDC el 2 de febrero de 1998, con base en las siguientes alegaciones:

- 6.1. Desaparición de las condiciones que propiciaron la adopción de las anteriores medidas. Considera sorprendente que el SDC afirme que siguen dándose las condiciones que hicieron necesaria la adopción de medidas cautelares dado que se ha llenado el vacío legal en cuanto a la utilización de números de marcación abreviada y por el SDC no se aporta ningún indicio de publicidad que pueda ser contraria a las normas de competencia.

Por Circular 1/1997, de 13 de noviembre, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se prohíben los números de marcación abreviada para cualquier comercialización o suministro de información salvo para los operadores de telecomunicaciones de telefonía fija y para información sobre los servicios de telefonía fija básica. En tales términos emplea dichos números abreviados TELEFONICA.

- 6.2. Ausencia total de publicidad desleal. TELEFONICA no realiza campaña publicitaria alguna del servicio Infovía.
- 6.3. Situación de SERVICOM. Según nota de prensa que acompaña TELEFONICA, dista mucho SERVICOM de ser una compañía que necesite ningún tipo de protección.
- 6.4. Por posterior escrito de fecha 6 de febrero de 1998 se hace constar que SERVICOM va a ser adquirida por Retevisión, lo que a su juicio abunda en la tesis sostenida por TELEFONICA. Acompaña al efecto un recorte de prensa de Expansión.

En el citado artículo constan datos de SERVICOM a la que califican como una de las primeras empresas españolas del sector, con 30.000 usuarios de Internet, de los cuales un 50% son empresas, y sus ventas alcanzaron los 1.000 millones en 1997.

7. SCR por escrito que se recibe en este Tribunal el 2 de febrero de 1998, formula las siguientes alegaciones:

- 7.1. Tanto el SDC en su escrito de vigilancia de 4 de junio de 1997 como el TDC en su Resolución de incidente de 30 de julio de 1997 consideraron que la publicidad hasta entonces realizada por esta empresa era perfectamente lícita y correcta.

Posteriormente, se ha realizado publicidad por esta empresa del servicio Teleline, mencionando expresamente que se trata de un servicio realizado por la misma e indicando que el acceso a dicho servicio se realiza por Infovía, servicio portador prestado por Telefónica.

- 7.2. Ausencia de cualquier riesgo para SERVICOM. Esta ha acrecentado la solidez de su posición en el mercado y cualquier limitación a la política comercial de SCR puede tener efectos muy negativos de carácter irreversible para ésta.

8. TSAI manifiesta en sus alegaciones que no realiza ningún tipo de campaña publicitaria al margen de la eventual distribución directa de folletos mediante entrega directa a los interesados, siendo los servicios que constan en los mismos los prestados por TSAI que aparece claramente identificada como su prestador y tanto por el SDC en su escrito sobre vigilancia y en la Resolución del incidente por parte del TDC, con fecha 30 de julio de 1997, se entendió que los mencionados folletos cumplían las medidas cautelares impuestas.

8. SERVICOM ha dejado transcurrir el término sin hacer alegación alguna, pese a ser considerada interesada en el Expediente y habersele dado traslado de las medidas pedidas por el SDC.
9. Son interesados:
  - TELEFONICA DE ESPAÑA S.A.
  - UNISOURCE ESPAÑA S.A. (hoy TELEFONICA TRANSMISION DE DATOS S.A.).
  - TELEFONICA SERVICIOS AVANZADOS DE INFORMACION S.A. (TSAI S.A. ).
  - SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED S.A. (SCR S.A.).
  - SERVICIOS DE INFORMACION INTERACTIVOS S.A. (SERVICOM).

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La ratio final de las medidas cautelares es asegurar la efectividad de la Resolución definitiva que en su día se dicte, en su doble vertiente de aseguramiento de su ejecución y también de su efectividad. Para que se produzca esta necesidad será preciso que concurren al menos los principios informadores de toda medida cautelar :"*fumus boni iuris*" y "*periculum in mora*" como ya tiene señalado este Tribunal en diversas Resoluciones (ver por todas la Resolución de fecha 4-2-97, Expte. MC 18/96 Telefónica, F.J. 3).

La apariencia de buen derecho en las medidas cautelares "*viene concebido como vía intermedia entre la certeza que se establecerá en la Resolución final y la incertidumbre inicial propia de cualquier procedimiento jurídico. Basta una afirmación fundada en el derecho alegado, pero exigiéndose determinación de la situación jurídica cautelar y cierto grado de demostración*" (Resolución citada, F.J. 3.1). En el caso presente el SDC se limita a señalar en su Acuerdo de proposición de medidas cautelares que el Tribunal las acordó en Resolución de 4-2-1997 y que por Resolución de 30-7-1997 declaró incumplidas por parte de TELEFONICA las anteriores medidas (referidas al expediente principal del que la nueva proposición de medidas cautelares trae su causa), señalando que "*siguen dándose las condiciones que hicieron necesaria la adopción de esas medidas cautelares*" (escrito solicitud al folio 1, Expte. TDC).

Indudablemente no se cumple, con la anterior afirmación, con la exigencia de la demostración, aunque mínima, necesaria que comporta el principio

de buen derecho.

- 1.1. Si bien es cierto, como señala el SDC, que es doctrina de este Tribunal, contenida en varias de sus Resoluciones, el que está justificada una nueva solicitud de medidas cautelares en situaciones en las que ha transcurrido el plazo de seis meses a que las limita el art. 45.6 LDC, tal justificación está condicionada a que sigan concurriendo los supuestos que hicieron necesaria la adopción de las iniciales. No puede en ningún caso interpretarse esta doctrina en el sentido de prescindir, en el supuesto de nueva petición de medidas, de la acreditación mínima de que siguen subsistiendo los motivos que hicieron necesaria su adopción trasladados al momento de la segunda petición. Otra interpretación supondría prolongar las medidas cautelares por período superior al que las limita el art.45.6 LDC y en consecuencia transgredir abiertamente la limitación que el mismo establece tan contundentemente.

Ante la anterior situación, el Tribunal acordó, antes de admitir a trámite la petición de medidas, requerir del Servicio el envío de los antecedentes necesarios (folio 4 Expte. TDC), en los que no se encuentra tampoco acreditación mínima de la necesidad de la adopción de medidas, pues los mismos se refieren a la vigilancia sobre el cumplimiento de las anteriores que dieron origen a la Resolución de fecha 30 de julio de 1997 y a las posteriores diligencias de vigilancia que simplemente se concretan en solicitar datos a TELEFONICA, quien después de pedir aplazamiento se limita a quejarse de lo incomprensible de la Resolución del TDC de fecha 30-7-97, recaída en el incidente tramitado por incumplimiento de las anteriores medidas y a señalar que *"todas las campañas relacionadas con el expediente concluyeron en los últimos días de junio o a lo largo de julio, de forma que en las fecha indicadas por esta Subdirección General (es decir a partir del 30 de julio de 1997) no existía ninguna campaña de publicidad en vigor..."* (Alegación segunda del escrito de TELEFONICA de fecha 21 de octubre de 1997, al folio 16 Expte. TDC).

- 1.2. Por lo que respecta al empleo dado al número de marcación abreviada 022, TELEFONICA informa en el mismo escrito, al folio siguiente del Expediente, que *"TELEFONICA tan sólo desea reiterar que la situación es la descrita en su escrito del pasado 12 de junio. En este sentido, aunque se siguen atendiendo las consultas recibidas en el 022, el servicio de actuación comercial a empresas y negocios prestado a través del 900111022 es el único que TELEFONICA difunde entre sus clientes"*.

Pese a la respuesta tan poco precisa, tal vez medida, que realiza TELEFONICA, el SDC no lleva a cabo ningún otro tipo de averiguación tendente a esclarecer su conducta en aquel momento y sus posibles efectos en el mercado. Ni siquiera pregunta a la entidad denunciante SERVICOM, que fue quién instó la adopción de las primitivas medidas cautelares, aunque se propusieron de oficio por el SDC a este Tribunal y facilitó las pruebas de su incumplimiento por TELEFONICA, sobre la situación que se estaba produciendo en aquel momento por actitud, cumplidora o incumplidora, de TELEFONICA. SERVICOM tampoco puede olvidarse, es de la denunciante en el expediente principal y continúa ostentando la condición de parte interesada.

En conclusión, en la solicitud de adopción de nuevas medidas cautelares el SDC no acredita el principio de buen derecho mínimo, aunque necesario e insustituible.

2. El peligro en la demora es el requisito, principal a juicio de la doctrina, y además razón de ser de las medidas cautelares. Este es el motor que pone en marcha la adopción de medidas cautelares pues, si no existe peligro de infructuosidad de la Resolución principal, habrá que dejar para aquella fase final la del conflicto sin anticipar ni asegurar nada que no lo precise.

En el caso objeto de esta Resolución no concurre el "*periculum in mora*". El legitimado directo por la LDC para la petición de las medidas (art. 41 LDC) y obligado, por tanto, a su acreditación, no lo hace, limitándose a señalar en su escrito petitorio de medidas al Tribunal "*que siguen dándose las condiciones que hicieron necesaria la adopción de esas medidas cautelares*". Esta simple afirmación no es suficiente "per se". Debe ir acompañada al menos de una argumentación que la haga fiable. Mas, por el contrario, el hecho de que SERVICOM no haya siquiera comparecido en el presente expediente ni hecho ningún tipo de alegación pese a que, como parte interesada en el mismo, se le dio traslado de la solicitud del SDC y plazo para alegar (folios 20, 21 y 28 Expte. TDC) cuando la adopción de las anteriores medidas tuvo su origen en la petición de SERVICOM al SDC, es ilustrativo de que la situación actual, respecto a la existente en el momento en que se adoptaron las anteriores medidas cautelares, ha cambiado.

- 2.1. Además, TELEFONICA afirma en su escrito de fecha 21-10-97 dirigido al SDC que no se producían campañas publicitarias conjuntas desde finales de julio de 1997 y, según también alega ante este Tribunal, no realiza campaña publicitaria de "Infovía". Parecidas son las afirmaciones de las

restantes empresas del Grupo Telefónica implicadas en el Expediente. Las entidades acompañan a sus alegaciones folletos publicitarios que, a su juicio, diferencian y explicitan suficientemente quién es el prestador en cada caso del servicio concreto. El Tribunal, sin entrar a valorar aquí la corrección de dicha publicidad, pues ello corresponderá hacerlo en la resolución final, no encuentra en la misma, dada su naturaleza de simples folletos informativos, elementos suficientes que por esperar a la Resolución definitiva que se dicte en el Expediente, puedan hacer peligrar la estabilidad en el mercado de las empresas competidoras de TELEFONICA y su Grupo, principalmente de la denunciante SERVICOM.

- 2.2. También se acredita por TELEFONICA en sus alegaciones ante el TDC que se ha llenado el vacío legal en cuanto a la utilización de números de marcaciones abreviadas por la Circular 1/1997, de 13 de noviembre, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, que afirma cumplir sin que conste en el Expediente ningún dato ni elemento que contradiga lo anterior.

La propia TELEFONICA, que en sus alegaciones ante el Tribunal con motivo de tramitarse las anteriores medidas cautelares, afirmaba que SERVICOM poseía una cuota de mercado del 40% en lo que respecta al mercado de acceso a Internet la había visto reducida al 10% como consecuencia de la creación del servicio "Infovía" de TELEFONICA (Resolución de fecha 4-2-97, Expte. MC 18/96, F.J. 10). Ahora, al alegar en este Expediente para oponerse a las medidas, afirma que la situación en el mercado de SERVICOM dista mucho de ser el de una compañía que precise de protección siendo, por el contrario, una de las primeras compañías españolas del sector, con 30.000 usuarios de Internet, de las cuales un 50% son empresas y sus ventas alcanzan los 1.000 millones de pesetas en 1997. Acompaña al efecto un recorte de prensa en donde constan todos estos datos.

Por todo ello, es preciso concluir sin mayor análisis que, no acreditado mínimamente el peligro de infructuosidad por la espera a la Resolución del Expediente principal, ni haberse aportado por el SDC un principio de buen derecho que fundamente su petición de las medidas cautelares que han dado origen a este Expediente, tal petición debe ser rechazada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación, el Tribunal

**HA RESUELTO**

Desestimar la petición de medidas cautelares interesadas por el SDC respecto de las entidades TELEFONICA DE ESPAÑA S.A., UNISOURCE ESPAÑA S.A. (hoy TELEFONICA TRANSMISION DE DATOS S.A.), TELEFONICA SERVICIOS AVANZADOS DE INFORMACION S.A. (TSAI S.A. ) y SERVICIOS Y CONTENIDOS POR LA RED S.A. (SCR S.A.).

Comuníquese esta Resolución al Servicio de Defensa de la Competencia y notifíquese a los interesados, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno en vía administrativa, pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde su notificación.