



Roj: **SJM M 70/2005 - ECLI: ES:JMM:2005:70**

Id Cendoj: **28079470052005100006**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **11/11/2005**

Nº de Recurso: **36/2005**

Nº de Resolución: **85/2005**

Procedimiento: **Apelación, Competencia desleal**

Ponente: **ALBERTO ARRIBAS HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 5

MADRID

Procedimiento: Ordinario 36/05

### **SENTENCIA Nº 85**

En Madrid, a once de noviembre de dos mil cinco.

En nombre de S.M. el Rey, vistos por mí, el Ilmo. Sr. Don Alberto Arribas Hernández, Magistrado- Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 5 de los de Madrid, los autos de juicio ordinario seguidos en este Juzgado con el número 36/2005 a instancia de la entidad "**CONDUIT** EUROPE, S.A." , representada por el Procurador de los Tribunales don Isidro Orquín Cedenilla y defendida por los Letrados don Álvaro Mendiola Jiménez y don Luis Francisco contra la mercantil "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U." representada por la Procuradora doña Carmen Ortiz Cornago y defendida por el letrado don José María Delgado Cobos, sobre reclamación de cantidad en concepto de indemnización de daños y perjuicios por competencia desleal.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Que la meritada representación de la parte actora, formuló demanda arreglada a las prescripciones legales, en la cual solicitaba previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho, que se dictara sentencia estimando íntegramente la demanda.

SEGUNDO.- Que admitida a trámite la demanda, se dispuso el emplazamiento de la parte demandada, para que en el término legal, compareciere en autos asistida de Abogado y Procurador, y contestara aquélla, lo cual verificó el demandado en tiempo y forma, formulando hechos, fundamentos de derecho y la súplica de que en su día se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda, con expresa imposición de las costas procesales a la actora.

TERCERO.- Contestada la demanda se convocó a las partes a la preceptiva Audiencia Previa, que se celebró el día señalado con el resultado que obra en autos, sin que se alcanzase acuerdo alguno, ratificándose las partes en sus respectivos escritos de demanda y contestación, desacomulando la actora la petición de indemnización de daños y perjuicios con base al artículo 1902 del Código Civil y a continuación propusieron la prueba que estimaron oportuna, que fue declarada pertinente en los términos que consta en acta, señalando la oportuna celebración del acto del juicio.

CUARTO.- El juicio se celebró el día señalado al efecto, practicándose las pruebas propuestas y declaradas pertinentes, a continuación las partes formularon sus conclusiones sobre los hechos e informaron sobre los argumentos jurídicos en que apoyan sus pretensiones, quedando los autos conclusos para sentencia.

QUINTO.- Que en la sustanciación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales, incluido el plazo para dictar sentencia.



## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad "CONDUIT EUROPE, S.A." formula demanda contra la mercantil "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.", ejercitando la acción de indemnización de daños y perjuicios al amparo del artículo 18.5ª de la Ley de Competencia Desleal (en lo sucesivo LCD), identificando como ilícito concurrencial el tipificado en el artículo 15.2 de dicha Ley, esto es, la infracción de normas jurídicas que tienen como objeto la regulación de la actividad concurrencial, invocando como tales el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea que prohíbe el abuso de posición dominante, la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante LGT), la Orden CTE 711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado (Orden 711/02), así como diversas resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), infracciones que han perjudicado la entrada y desarrollo del servicio de información telefónica de la actora a través del número 11850, tras la liberalización de dicho mercado.

La cantidad reclamada en concepto de indemnización de daños y perjuicios se eleva a 6.012.351,22 euros, correspondiendo 1.247.850,72 euros al daño emergente sufrido por la actora como consecuencia de la necesidad de utilizar fuentes de información alternativas a la base de datos que estaba obligada a facilitar la demandada (565.441 euros), al incremento de coste de operación de los centros de atención de llamadas (494.954,21 euros), incremento de coste por depuración de datos (73.592 euros) y a la defensa de sus derechos (113.893,51 euros); y 3.420.634,90 euros al lucro cesante por pérdida de cuota de mercado, desde abril de 2003 hasta octubre de 2004, más 167.983,20 euros mensuales desde noviembre de 2004 hasta la fecha en que se dictara sentencia, si bien en el acto del juicio se limitó temporalmente la reclamación hasta el 30 de junio de 2005, como consecuencia de la venta del negocio por la demandante en dicha fecha.

SEGUNDO.- Para la adecuada resolución de la cuestión litigiosa conviene tener en cuenta, desde este momento, que la acción ejercitada es única y exclusivamente la de indemnización de daños y perjuicios prevista en el artículo 18.5ª de la LCD con base en el artículo 15.2 del mismo texto legal, sin que se haya ejercitado la acción declarativa de deslealtad del acto ni se pretende la declaración de abuso de posición dominante por parte de la demandada.

Como es obvio, tampoco cabe aquí enjuiciar con carácter general la conducta de "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U.", respecto de todos los entrantes e incluso de otros mercados, durante el tránsito del monopolio que aquella ostentaba en el mercado descendente de servicios de información telefónica sobre números de abonado o de directorio a la liberalización del mismo con la entrada de diversos competidores, manteniendo además una muy destacada posición de dominio en el mercado ascendente de la red telefónica pública fija con el consiguiente control y dominio del mercado de los datos de abonados al servicio telefónico disponible al público.

Precisado lo anterior, el examen de las conductas desleales imputadas a la demandada debe verificarse analizando tres períodos temporales sucesivos, con el fin de valorar si se han producido actos de competencia desleal por infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial y, en caso afirmativo, determinar si de ellas se derivan daños y perjuicios para la actora, cuantificando los mismos.

Así, deben analizarse estos tres períodos:

Desde finales de diciembre de 2000 hasta la entrada en vigor de la Orden 711/02 (5 de abril de 2002).

Desde la entrada en vigor de la Orden 711/02 (5 de abril de 2002) hasta la finalización del período transitorio previsto en la misma (5 de abril de 2003) con desaparición en esa fecha de los números cortos de información telefónica y concretamente el 1003.

A partir del 5 de abril de 2003.

TERCERO.- En el primer período señalado, la demandante imputa a la demandada que se negó a negociar el acceso a la base de datos de abonados al servicio telefónico a pesar de estar ya liberalizado el servicio de información telefónica desde la entrada en vigor de la LGT de 24 de abril de 1998.

Efectivamente, al margen de un contacto telefónico alegado por la actora, y no acreditado, a finales de diciembre de 2000, la demandante mediante carta de fecha 23 de enero de 2001 (documento nº 19 de la demanda), solicitó mantener una reunión con la demandada sobre el posible acceso a la base de datos de números de abonado, dada su intención de implantarse en el mercado español.

Dicha carta fue contestada por la demandada por otra de fecha 7 de febrero de 2001, en la que se solicitaba a la actora que acreditase disponer de título habilitante para la prestación del servicio a fin de, en su caso, iniciar conversaciones para la firma de un acuerdo de interconexión (documento nº 20 de la demanda).



Dicha comunicación se completa con otra de fecha 24 de abril de 2001 (documento nº 21 de la demanda) por la que se contesta a otra de la demandante, que no ha sido aportada, en la que, como se deduce de la contestación, se afirmaba que se disponía de título para actuar en Irlanda y que aún no se había decidido si ofrecería el servicio en su propio nombre bajo su propia licencia o mediante un servicio prestado con otro operador con licencia en nombre de dicho operador. Como se ha indicado, dicha carta fue contestada por la de 24 de abril en la que la demandada indicaba, en esencia, que conforme al informe recabado de la Agencia de Protección de Datos, la base de datos de abonados debía cederse a la CMT y no a los distintos operadores y que en todo caso era necesario disponer de título habilitante en España para prestar dicho servicio.

Tras lo cual, la propia demandante afirma que decidió posponer su entrada en el mercado español de información telefónica sobre números de abonado, según se dice por las indebidas trabas puestas por la demandada para facilitar un recurso esencial para la prestación del servicio, también sufridas por otros operadores.

Conviene destacar que por los actos de la demandada en este período previo a la Orden 711/02, que se consideran desleales por la demandante, no se deriva petición alguna indemnizatoria, como se deduce de la cuantificación y desglose de la indemnización que efectúa la parte actora, reclamando siempre por daños y perjuicios ocasionados con posterioridad al 5 de abril de 2002 y que se han detallado en el primer fundamento de esta resolución, por lo que carece de trascendencia el análisis de este período pues ninguna repercusión tiene en el suplico y, en consecuencia, en el fallo de esta resolución.

Dicho de otro modo, aunque se alcanzase la conclusión de que la negativa de la demandada a negociar el acceso a la base de datos implicó un acto de competencia desleal y abuso de posición de dominio, ninguna repercusión tendría en el fallo.

En todo caso, conviene indicar aunque sea como antecedente de la actuación de las partes, que la liberalización del servicio de información telefónica sobre números de abonado tiene origen en la Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en lo relativo a la instauración de la plena competencia en los mercados de telecomunicaciones, en virtud de la cual se introduce el artículo cuarto ter en la Directiva 90/388, según el cual "Los Estados miembros garantizarán la supresión en su territorio de todos los derechos exclusivos en el ámbito de la creación y prestación de servicios de guía telefónica incluidos la publicación de guías telefónicas y los correspondientes servicios de consulta".

Dicha modificación tiene fundamento según el propio considerando 17 de la Directiva en que "Algunos Estados miembros siguen conservando derechos exclusivos para la creación y prestación de servicios de guía telefónica y de información sobre abonados. En general, estos derechos exclusivos se conceden a organismos que ya disfrutaban de una posición dominante en lo que respecta a la prestación de servicios de telefonía vocal o a una de sus filiales. En una situación de esta índole, estos derechos amplían la posición dominante de dichos organismos y, por lo tanto, la refuerzan, lo que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, constituye un abuso de posición dominante incompatible con el art. 86. Los derechos exclusivos concedidos en el sector de los servicios de guía telefónica son, pues, incompatibles con el art. 90 en relación con el art. 86 del Tratado. Por consiguiente, estos derechos exclusivos deben ser suprimidos".

Para la transposición de la Directiva el Estado español aprobó la LGT de 24 de abril de 1998, actualmente derogada salvo determinadas disposiciones adicionales y transitorias por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre de 2003, cuyo artículo 54.3 señalaba en su redacción original que "Sin perjuicio de lo establecido en el art. 37.b), la elaboración y comercialización de las guías de abonados a los servicios de telecomunicaciones se realizará en régimen de libre competencia, garantizándose, en todo caso, a los abonados el derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo el de no figurar en dichas guías".

Este apartado fue modificado por el artículo 86.2 de la Ley 24/2001, de 27 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social en los siguientes términos: "Sin perjuicio de lo establecido en el art. 37.b), la elaboración y comercialización de las guías de abonados a los servicios de telecomunicaciones y de los servicios de información se realizará en régimen de libre competencia, garantizándose, en todo caso, a los abonados el derecho a la protección de sus datos personales, incluyendo el de no figurar en dichas guías o servicios".

No obstante la modificación introducida por la Ley 24/2001, a modo de interpretación auténtica del precepto, la CMT con anterioridad a la modificación ya tenía declarado que la liberalización operada por la LGT afectaba tanto a las guías telefónicas como al servicio de información telefónica sobre números de abonado, por ejemplo en la resolución de fecha 18 de octubre de 2001 (documento nº 9 de la demanda) en la que expresamente indica que "Si bien es cierto que el régimen de los servicios de consulta telefónica está siendo objeto de concreción por parte del MICYT, no es menos cierto que el marco regulatorio existente establece claramente que los servicios de guías telefónicas y los servicios de directorio telefónico se prestan en régimen



de libre competencia. Con el fin de que exista competencia en el mercado de los servicios de directorio, se impone a aquellos operadores que asignen números a sus abonados, la obligación de facilitar el acceso a los datos de los abonados al servicio telefónico. Teniendo en cuenta estos principios, la falta de concreción del ordenamiento jurídico no justifica que los servicios de información telefónica se mantengan protegidos de la competencia.

Por si hubiera alguna duda, en dicha resolución se indica que del marco regulatorio comunitario y nacional se derivan las siguientes conclusiones: "i. Los servicios de guías telefónicas y los servicios de directorio telefónico se prestan en régimen de libre competencia. ii. Lo operadores que asignen números a sus abonados tienen la obligación de facilitar el acceso a los datos de los abonados al servicio telefónico para la prestación de servicios de información en competencia. iii. Los procedimientos y condiciones de acceso a los datos de los abonados del operador dominante para la prestación de servicios de directorio en competencia, mediante conexión a la red pública, deberán definirse en el ámbito de acceso y la interconexión de redes, por lo que la transferencia de dicha información para la prestación de los servicios de directorio en un entorno competitivo debe efectuarse en condiciones transparentes, objetivas, no discriminatorias, proporcionales y orientadas a costes".

En similar sentido ya se había pronunciado con anterioridad el Acuerdo de la CMT de 7 de septiembre de 2000 (documento nº 18 de la demanda)

Precisado lo anterior, prestándose teóricamente en régimen de competencia los servicios de información telefónica sobre números de abonado, desde luego, a principios del año 2001, debe determinarse si la conducta de Telefónica implica abuso de posición de dominio y en consecuencia en tanto infracción del artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea, un acto de competencia desleal ( artículo 15.2 de la LCD ) y en caso afirmativo si supuso algún daño o perjuicio indemnizable, aunque como ya se ha dicho nada se ha solicitado por la actora como consecuencia de los actos que se imputan a la demandada en este período.

No cabe duda de que los datos de los abonados al servicio telefónico de la demandada constituyen un recurso o instalación esencial para la prestación del servicio de información telefónica sobre números de abonado, debiendo destacarse la indiscutida condición de operador dominante en la prestación de servicios telefónicos fijos disponibles al público de la demandada y así lo contempló la Disposición Transitoria Tercera de de la LGT de 1998 .

Ostentando la demandada una posición dominante en relación con el recurso de los datos de los abonados, considerado esencial para el mercado conexo o próximo del servicio de información telefónica sobre números de abonado, denegar el acceso a los mismos de forma objetivamente injusta implica un abuso de dicha posición de dominio, que es en lo que se traduce la clásica doctrina de las "essential facilities", que de origen norteamericano (véase la sentencia del Tribunal Supremo en el caso United States c. Terminal Railroad Association of St. Louis de 1912 ), fue acogida por la sentencia del TJCE de 6 de marzo de 1974, Instituto Chiemoterapico Italiano, S.p.A. and Comercial Solvents Corporation c. Comisión y después seguida, por la de 26 de noviembre de 1998, Oscar Bronner GMBH & Co. c. Mediaprint Zeituns und Zeitschriftenverlag GMBH & Co. KG .

Doctrina de las instalaciones esenciales que también se recoge en la Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (párrafos 87 y siguientes).

En el supuesto de autos consta que la demandada, en esa primera fase, se negó a negociar con la demandante, el acceso a los datos de los abonados de la red fija, sin embargo, dicha negativa no puede considerarse injustificada en tanto que se fundaba, entre otros motivos, en que la actora carecía de título habilitante para la prestación de los servicios de directorio.

La propia CMT en Acuerdo de 7 de septiembre de 2000 (documento nº 18 de la demanda) había señalado, en virtud de una consulta de terceras empresas, que "Una de las cuestiones principales para determinar el régimen jurídico de esta actividad es la determinación de sí para su ejercicio es preciso solicitar y obtener alguno de los títulos habilitantes previstos en la LGTel. A tal respecto, debe tenerse en cuenta que, en principio, el ordenamiento vigente relativo a autorizaciones generales y licencias individuales no tipifica un título habilitante específico para la prestación de estos servicios de información telefónica.

No obstante, cabe afirmar que los servicios de información telefónica sobre números de abonados podrían configurarse como servicios de telecomunicaciones que requieren de título habilitante, si se tiene en cuenta el carácter mixto de estos servicios -entre la telecomunicación y provisión de información- y el uso de elementos de telecomunicaciones que es preciso para los mismos". Concluyendo, finalmente, que "El título habilitante preciso para la prestación del servicio, configurado como servicio de telecomunicaciones, podría ser tanto



una licencia individual para la prestación del servicio telefónico disponible al público (tipos A o B) como una autorización general provisional obtenida al amparo del artículo 14 de la LGT , el referida específicamente a este servicio."

Siendo preciso título habilitante para la prestación del servicio de directorio o atención telefónica sobre números de abonado, de conformidad con los artículos 7 y siguientes de la LGT de 1998 , la demandante no ha acreditado que dispusiera del mismo al tiempo de solicitar el acceso a los datos de los abonados, ni en España ni siquiera en Irlanda, título que no se ha aportado a los autos y sin título habilitante no cabe considerar injustificada la denegación de acceso de la demandada.

Efectivamente, la propia CMT en resolución de 18 de octubre de 2001 (documento nº 18 de la demanda) denegó la solicitud de acceso de una entidad por carecer de título habilitante, indicando que "Dicho esto, esta Comisión, en el ejercicio de la función indicada, entiende, como ya se ha expuesto, que la prestación de servicios de directorio exige título habilitante (licencia individual o autorización general, según la forma de prestación del servicio). De igual modo, conforme a la doctrina establecida por esta Comisión, sólo tienen derecho a solicitar el inicio de las negociaciones de acceso o interconexión quienes estén en posesión del correspondiente título habilitante o hayan solicitado ya su otorgamiento.

En conclusión, SONERA, al carecer de título habilitante para la prestación de servicios de directorio y no haberlo solicitado, no está facultada para instar a TELEFONICA a negociar las condiciones de acceso a sus datos de abonados y sus servicios de facturación y cobro para la prestación de estos servicios".

Sin perjuicio de que en la copia de la resolución aportada por la demandante, si duda por error involuntario, se omite el pasaje que se ha subrayado, la actora en enero de 2001 no estaba facultada para solicitar el acceso a los datos de los abonados de la demandada, por lo que debe rechazarse que su negativa a facilitarlos implicase un abuso de posición dominante al no estar objetivamente injustificada, sin que se comparta el razonamiento de la CMT efectuada en esa misma resolución al indicar que cuando la demandada recibe "una solicitud de acceso de quien, a su juicio, carezca de habilitación para prestarlo, debe ponerlo en conocimiento de esta Comisión o, en su caso, del Ministerio de Ciencia y Tecnología, en cuanto habilitadas para la delimitación de las actividades que requieren título habilitante en materia de telecomunicaciones. No habiéndolo hecho, TESAU ha denegado injustificadamente el acceso", concluyendo a continuación, como ya se ha expuesto, que la solicitante, efectivamente, carecía de título habilitante, por lo que rechaza su solicitud de intervención, fundamentándose el reproche, si se lee atentamente la resolución, en que TESAU "... ha actuado contra las exigencias de la libre competencia al calificar, unilateralmente y antes del pronunciamiento de esta Comisión de 7 de septiembre de 2000, los servicios de directorio como servicios de telecomunicaciones...", circunstancia que no concurre en el supuesto de autos al exigir Telefónica el título habilitante con el fin de iniciar negociaciones para el acceso, una vez ya definido por la CMT, que los servicios de directorio exigían disponer de dicha habilitación.

Como es obvio, no corresponde a este órgano judicial la revisión de las resoluciones de la CMT, pero tampoco queda, como es más evidente aún, vinculado por las mismas, en los asuntos de la competencia de este Juzgado. Debe tenerse en cuenta, además, que la sentencia de la sección 3ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2005 , citada por la parte demandada, señala "En efecto, no es exigible a los operadores económicos instalados dentro de la legalidad en un determinado mercado (tengan o no la cualidad de dominantes en él) que traten en el mismo plano de igualdad a quienes intervienen, o tratan de intervenir, de modo ilegal en dicho mercado que al resto de operadores legítimos. Acreditada la posición ilegal de uno de aquellos operadores (otra cosa es que en el caso de autos así ocurriera y a ello nos referiremos más adelante) no resulta censurable la reacción del operador económico "legal" negándose a satisfacer las demandas del "ilegal" en solicitud de igualdad de trato respecto de los otros "legales".

No cabe afirmar, pues, que sea irrelevante la situación del "competidor" ni que se trate de cuestiones independientes. Es cierto, como afirma la Sala de instancia, que ante la carencia de la habilitación legal para actuar en el mercado, cuando fuera preceptiva, "la reacción ha de venir del órgano administrativo de fiscalización", pero también lo es que, acreditada aquella carencia, los operadores legalmente establecidos no tienen por qué cumplir respecto del competidor ilegal las normales obligaciones que respecto de los competidores legales sí tienen.

La tesis contraria de la Sala de instancia -que, afirma el tribunal sentenciador, tiene aplicación incluso "por muy contraria a Derecho que pueda ser la actuación del competidor ilegal"- llevaría al absurdo de que los operadores dominantes no podrían negarse a facilitar servicios para conductas reconocidamente delictivas de los "operadores de facto", por poner un ejemplo extremo".

Por último, aun cuando se considerase injustificada la negativa a negociar, que aquí se rechaza, ninguna indemnización podría derivarse de la misma en la medida que la actora en aquella fecha carecía de título



habilitante para prestar el servicio o, al menos, no se ha acreditado lo contrario en estos autos, por lo que ningún daño o perjuicio cabe imputar a la demandada y menos aún, cuando la demandante ni siquiera había madurado en aquella época si iba a prestar el servicio en su propio nombre y bajo su propia licencia o con otro operador con licencia en nombre de dicho operador, por lo que la posposición de su entrada en este mercado de información telefónica sobre números de abonado, parece que obedece más a una decisión empresarial de la actora que a la simple comunicación de la demandada requiriéndola para que acreditase disponer del exigible título habilitante.

CUARTO.- Corresponde ahora examinar el período comprendido entre la entrada en vigor de la Orden 711/02 (5 de abril de 2002) hasta la finalización del período transitorio previsto en la misma (4 de abril de 2003) con desaparición a partir de esa fecha de los números cortos de información telefónica y concretamente del 1003.

Durante este período la demandante imputa a la demandada los siguientes hechos que, a su juicio, implican un abuso de posición dominante:

Negativa de la demandada a proporcionar acceso no discriminatorio a la red, que se manifiesta en: a) el precio que pretendía cobrar Telefónica por el transporte de llamadas (más de 10 veces superior al finalmente fijado) y b) el tiempo de espera para que el servicio estuviera abierto al público, lo que no se logró hasta el 3 de abril de 2003.

Abusiva campaña de información sobre la sustitución del número 1003, con una triple manifestación: a) mensaje emitido por dicho número que sólo remitía al 11818 (servicio universal a cargo del operador dominante); b) nota publicitaria incluida en su factura mensual del servicio de telefonía en la que indicaba que a partir del 4 de abril de 2003, el número de información nacional 1003 sería sustituido por el 11818; y c) pretensión de Telefónica de dar un trato discriminatorio a la inclusión de sus competidores en la prestación de servicios de consulta telefónica en la guía telefónica del servicio universal ("Páginas Blancas").

Coste abusivo para la implantación del carrusel (información neutral y aleatoria de los nuevos números 118AB al llamarse al número 1003) e información errónea sobre el número de prestadores del servicio incluido en dicho carrusel.

Incumplimiento de Telefónica, a partir de la entrada en vigor de la Orden 711/02, de facilitar a la CMT información actualizada de sus abonados con periodicidad mensual, conforme a la Disposición Transitoria de dicha Orden.

Entrega de datos defectuosos o incompletos con :a) problemas de formato; b) información omitida (falta de identificación del tipo de terminal y de información de la finalidad de los distintos números de un mismo abonado); c) mala calidad de los datos; d) omisión de los números de red inteligente (800/900, 901, 902, 903 y 906).

Para la adecuada comprensión de las cuestiones que a continuación se van a analizar, debe tenerse en cuenta que con fecha 4 de abril de 2002 se publicó la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecieron las condiciones de prestación de consulta telefónica sobre números de abonado, cuyo objeto, según su artículo primero era: 1) La delimitación de los datos personales que podrían figurar en las guías telefónicas impresas o electrónicas, así como los que podrían obtenerse a través de servicios de consulta telefónica. 2) El establecimiento de las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado en un marco de competencia. 3) La regulación del suministro de datos sobre abonados que los operadores están obligados a proporcionar a la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, para que, de acuerdo con los artículos 67.1 y 14 del Reglamento del Servicio Universal, ésta pueda ponerlos a disposición de las entidades que provean servicios de consulta telefónica sobre números de abonado.

Con el enunciado objeto, el artículo 5.1 de la Orden señala que "Para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado mediante la utilización de la numeración que se atribuye en el apartado decimotercero, se requerirá una autorización general tipo D".

Por otro lado, el artículo 9.3 indica que "Los operadores de redes públicas telefónicas que tengan la consideración de dominantes deberán incluir en las ofertas de acceso especial a sus redes, dirigidas a los proveedores del servicio al que se refiere el punto 1 de este apartado, un servicio de facturación y cobro de los precios que éstos hayan establecido para sus usuarios. El servicio de facturación y cobro dará derecho a una contraprestación económica que, para el caso de las redes públicas telefónicas fijas, se determinará en función de los costes derivados de su prestación. En todo caso, las facturas generadas indicarán el nombre y número telefónico del proveedor y el precio de su servicio".

En cuanto a la obtención de datos el artículo 10 establece que "Los titulares de autorizaciones generales tipo D y los operadores que presten el servicio de consulta telefónica sobre números de abonado



mediante la utilización del número «1003», tendrán derecho a obtener de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en los términos previstos en el capítulo V de esta Orden, los datos actualizados para la prestación de dicho servicio"., especificando el artículo 14 los datos a facilitar en los siguientes términos: "1. Los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público facilitarán a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en los plazos y en el soporte informático que ésta acuerde, los siguientes datos de todos sus abonados: a) Nombre y apellidos, o razón social; b) Número(s) de abonado(s); c) Dirección postal del domicilio; d) Terminal específico que deseen declarar, en su caso.

2. No obstante, adicionalmente a lo dispuesto en el punto anterior, los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público también facilitarán a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones otros datos que obren en su poder de los abonados siempre que éstos hayan dado su consentimiento inequívoco. A estos efectos, se entenderá que existe consentimiento inequívoco de un abonado cuando éste se dirija al operador por escrito solicitándole que amplíe sus datos que figuran en la guía o servicios de directorio. También se producirá cuando el operador solicite al abonado su consentimiento y éste le responda fehacientemente en el plazo de un mes dando su aceptación. La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá delimitar, razonadamente, el suministro de información adicional a la que se enumera en el punto 1 de este apartado.

3. Además, los operadores comunicarán a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones los abonados del servicio telefónico móvil disponible al público y los abonados de los servicios de inteligencia de red que hayan manifestado expresamente su deseo de figurar en las guías telefónicas o en los servicios de directorio.

4. Los operadores que presten el servicio telefónico disponible al público entregarán a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, al menos con una periodicidad mensual, la información actualizada a la que se refieren los puntos 1, 2 y 3 de este apartado, con indicación detallada de los datos sobre los que, según lo dispuesto en el apartado tercero, no se pueda informar.

5. En todo caso, y sin perjuicio de lo dispuesto en los puntos anteriores de este apartado, los operadores y proveedores de los servicios de telecomunicaciones podrán suministrar directamente a los proveedores del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado los datos sobre los que se pueda facilitar información al público, a los que se refiere el apartado tercero de esta Orden. Estos datos se proporcionarán igualmente a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuando ésta así lo acuerde por motivos de utilidad pública y salvaguarda de los principios de competencia efectiva, para facilitarlos a los proveedores del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado".

Por su parte la CMT, conforme al artículo 15, debía facilitar a las entidades habilitadas para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, previa petición, la información que pudieran utilizar en sus bases de datos, contemplando la Disposición Transitoria Primera que "En el plazo de dos meses desde la fecha de entrada en vigor de esta Orden, y hasta que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponga a disposición de las entidades habilitadas la información sobre números de abonado de todos los operadores, el operador designado para la prestación del servicio universal de telecomunicaciones facilitará a dicha Comisión, al menos con una periodicidad mensual, la información actualizada de sus abonados a la que se refiere el apartado decimocuarto, para que ésta los pueda poner a disposición de los interesados en los términos del apartado decimoquinto".

El artículo 13 de la Orden atribuye el código 118 seguido de dos dígitos, al servicio de consulta telefónica sobre número de abonados de la red pública de telecomunicaciones, fijando la Disposición Transitoria Segunda que "Transcurrido un año desde la fecha de entrada en vigor de la presente Orden no se podrán utilizar, para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, números cortos asignados distintos de los previstos en ella".

Indicar, por último, que conforme a la Disposición Final Segunda, la Orden entró en vigor al día siguiente de su publicación, esto es, el día 5 de abril de 2005, por lo que el número 1003 no podía utilizarse a partir del 4 de abril del 2003, esto es, desde el día 5 de abril de dicho año.

Al amparo de la Orden 711/02, la demandante:

Con fecha 12 de abril de 2002, solicitó a la CMT la preceptiva autorización General Tipo D para prestación del servicio de consulta telefónica sobre número de abonado, que le fue concedida por resolución de 16 de mayo de 2002 (documento nº 26 de la demanda).

Con fecha 17 de abril de 2002, solicitó de la CMT la asignación de un número corto para la prestación de dicho servicio, que le fue concedido por resolución de 22 de julio de 2002, asignándole el número 11850 (documento nº 27 de la demanda).



Con fecha 23 de mayo de 2002, solicitó a la CMT el suministro de los datos de los abonados al servicio telefónico disponible al público, a lo que se accedió por resolución de 17 de octubre de 2002 (documento nº 28 de la demanda).

La conexión del servicio de la demandante a la red telefónica se obtuvo a través de BT IGNITE y el número de información fue abierto para llamadas el día 3 de abril de 2003 (documento nº 31 de la demanda).

QUINTO.- Precitado lo anterior, deben analizarse ahora los hechos que se imputan a la demandada y, de acreditarse alguno o algunos de ellos, valorar después si implican actos de competencia desleal por infracción de la normativa reguladora de la actividad concurrencial y, especialmente, del artículo 82 del TCE .

Siguiendo el orden señalado en el fundamento anterior:

1) Negativa de la demandada a proporcionar acceso no discriminatorio a la red, que se manifiesta en: a) el precio que pretendía cobrar Telefónica por el transporte de llamadas (más de 10 veces superior al finalmente fijado), y b) el tiempo de espera para que el servicio estuviera abierto al público, lo que no se logró hasta el 3 de abril de 2003.

De la resolución de la CMT de fecha 6 de marzo de 2003, acompañada como documento nº 30 de la demanda, resulta acreditado, tal y como consta en sus antecedentes de hecho, no discutidos por las partes de este pleito, que con fecha 15 de enero de 2003, **CONDUIT** solicitó a TELEFÓNICA las condiciones para que le fuera facilitado acceso especial a su red conforme a lo previsto en el artículo 9.2 de la Orden 711/02.

Con fecha 29 de enero de 2003 (en realidad 31 de enero de 2003, como luego se dirá), **CONDUIT** notificó a TELEFÓNICA su solicitud de apertura del número 11850 para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado.

El día 5 de febrero de 2003, TELEFÓNICA comunicó a **CONDUIT** un borrador de Addéndum para acceso especial a numeración 118 en el que incluía la prestación por parte de TELEFÓNICA de los servicios de acceso especial, servicio soporte telefónico y servicio de gestión de facturación y cobro.

Al día siguiente de la recepción del borrador, 6 de febrero de 2003, **CONDUIT** solicitó una copia del contrato para acceso especial que no le fue remitida hasta el 12 de febrero de 2003.

Con fecha 10 de febrero, **CONDUIT** envió por fax a TELEFÓNICA una solicitud para que el acceso al número 11850 estuviera implementado desde su red en condiciones no discriminatorias. A solicitud de TELEFÓNICA, con fecha 12 de febrero, **CONDUIT** expuso lo que consideraba condiciones no discriminatorias para el acceso a la red de aquella y que debían basarse «en las condiciones empleadas por Telefónica en sus acuerdos de interconexión para el acceso a sus propios servicios de consulta telefónica y debe contemplar al menos las siguientes alternativas:

Oferta de acceso especial.

Servicio de soporte con las tarifas (orientadas a coste) de la Oferta de Interconexión de Referencia (sin coste de establecimiento de llamada). En un supuesto de un punto de acceso a la red, dicho servicio se basaría en los siguientes precios (OIR 2001):

Tránsito simple

Tránsito doble

Normal (€/min)

0.0116

0.0222

Reducido (€/min)

0.0070

0.0133

Servicio de facturación y cobro: € 0.0015 por llamada (sin coste adicional por adecuación de sistemas o impagos).

Oferta de acceso en tránsito a través de la interconexión con terceros operadores.

Si **CONDUIT** elige usar un operador alternativo para efectuar el tránsito a través de su red de las llamadas que tienen su origen en la red de Telefónica, se aplicarían las mismas condiciones comentadas en el punto



anterior. En este caso, los precios del servicio de soporte se tendrían que adecuar a los niveles de los Pdl's en cuestión (incluyendo, en su caso, los niveles local y metropolitano)».

Según afirma **CONDUIT**, la carta transcrita más arriba fue contestada verbalmente por TELEFÓNICA, manteniendo que no proporcionaría las condiciones solicitadas, ante lo cual instó las oportunas medidas cautelares ante la CMT, resueltas por resolución de 6 de marzo de 2003, ratificadas por resolución de 26 de septiembre de 2003 (documento nº 36 de la demanda).

Debe tenerse en cuenta que el acceso a la red pública fija del operador dominante (TELEFÓNICA) por parte de la actora, titular de una autorización tipo D, podía efectuarse mediante la contratación de un acceso especial con dicha operadora o bien mediante un acceso especial contratado con un operador alternativo a TELEFÓNICA, siendo aquél titular de una licencia individual tipo A o B, sin que en esa fecha la actora tuviera decidida la vía de acceso, tal y como se deduce de la propia petición de medidas cautelares, reflejada en los antecedentes de hecho de la resolución, por lo que no es cierta la afirmación contenida en la demanda de que se optara por el operador alternativo BT IGNITE, al ser imposible e insostenible un acuerdo directo con la demandada (página 34 de la demanda).

En la propia resolución de la CMT se precisa que la aplicación del principio de no discriminación ha de partir de situaciones similares y que los titulares de autorizaciones tipo D no tienen derecho a obtener idéntico trato en lo que a la interconexión de redes se refiere que el dispensado los titulares de licencia individual tipo A o B.

Así, respecto del acceso especial contratado directamente con TELEFÓNICA, la resolución señala que, "... sin perjuicio de la, en su caso, eventual revisión por parte de esta Comisión de las condiciones en las que esta entidad ofrece el servicio de acceso especial para titulares de autorización general tipo D a que hace referencia la Orden Ministerial de 26 de marzo de 2002, el principio de no discriminación sólo opera desde la perspectiva siguiente: la oferta de acceso especial que esta entidad emita para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonados deberá presentar idénticas características para todos los que, siendo titulares de una autorización de tipo D, le soliciten acceso especial".

En los autos no consta ni se ha practicado prueba alguna de la que resulte que la oferta de acceso especial a contratar directamente con la demandada ofrecida a la actora fuera distinta de la ofrecida a otros titulares de autorización tipo D. Es más, las medidas cautelares se limitan al análisis y condiciones que deben aplicarse a la segunda de las opciones de acceso antes enunciadas que, además, fue la elegida finalmente por la demandante para tener acceso a la red del operador dominante.

Respecto a la segunda de las opciones, la reiterada resolución indica: "La opción b) antes mencionada nos lleva a una situación radicalmente distinta. En esta ocasión el servicio de consulta a los abonados de acceso de TELEFÓNICA es prestado por el titular de autorización D a través de un acceso especial contratado con un operador alternativo que ha de disponer de Licencia individual de tipo A ó B y que a su vez estará interconectado con la red de TELEFÓNICA. De este modo, se plantea una situación en la que TELEFÓNICA ha de cursar la llamada hasta la red del operador alternativo que es quien se encargará de su entrega al operador titular de la autorización general tipo D para que éste, a su vez, preste al usuario el servicio de consulta... De conformidad con lo anterior, y en lo que se refiere con la opción b) planteada más arriba, nos encontramos con dos servicios diferenciados: un servicio de interconexión que habría de prestarse en las condiciones establecidas por la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España (en adelante OIR) y un servicio de acceso especial que es de todo punto ajeno a esta operadora y que se prestará en las condiciones que en cada caso hubieran pactado el operador alternativo y el operador titular de la autorización general tipo D.

El servicio de interconexión de números cortos del rango 118AB habría de permitir el acceso desde la red de TELEFÓNICA a los números 118AB que hubieran de encaminarse a través de las redes de otros operadores. Este servicio de interconexión incluiría los siguientes conceptos:

Acceso a la numeración 118AB de otros operadores desde la red de TELEFÓNICA: el operador interconectado debería satisfacer a TELEFÓNICA los precios por llamada y duración de la misma correspondientes al nivel de interconexión de que se tratara en cada caso.

Facturación y gestión de cobro de los precios que los operadores proveedores del servicio hubieran establecido para sus usuarios.

TELEFÓNICA cobraría a los usuarios de estos servicios el precio establecido por el operador que prestara el servicio de consulta, en función de las posibilidades técnicas. Esta cantidad pasaría íntegramente al operador detrayendo la remuneración por la prestación de los servicios de acceso y facturación y gestión de cobro.

La vigente OIR no recoge este servicio aunque esta Comisión tiene conocimiento de que TELEFÓNICA ha pactado con distintos operadores la prestación de un servicio de idéntica naturaleza para el acceso a la



numeración 11818 y 11825 correspondiente a TELEFÓNICA cuando la llamada se realiza por abonados de acceso de otros operadores

Las condiciones pactadas por TELEFÓNICA para la prestación de sus servicios de consulta a los abonados de acceso de otros operadores coinciden exactamente con las establecidas en los párrafos precedentes, quedando sus precios fijados conforme a los establecidos en la vigente OIR para los servicios de interconexión de acceso incrementados con un precio único que se correspondería con el servicio de gestión y cobro. En esencia, en estos Acuerdos, TELEFÓNICA ha adoptado un modelo técnico y económico similar al que la OIR establece para los servicios de interconexión prestados por TELEFÓNICA para el acceso a los servicios de red inteligente en la modalidad de acceso.

En coherencia con lo anterior y con el objetivo de posibilitar la prestación de los servicios de consulta, esta Comisión entiende imprescindible que TELEFÓNICA ofrezca un servicio similar que permita a cualquier operador con derecho a interconexión beneficiarse de un esquema de precios en interconexión similar a aquél que ha sido pactado por TELEFÓNICA para la prestación de sus propios servicios de consulta, de manera que, cualquier operador con título para la prestación del servicio de consulta pueda competir en igualdad de condiciones con los servicios ofrecidos por la misma TELEFÓNICA.

En consecuencia, cualquier operador con licencia individual de tipo A ó B podrá solicitar a TELEFÓNICA, hasta que se dicte la Resolución por la que se ponga fin al presente procedimiento, la prestación del servicio de interconexión de números cortos del rango 118AB que permita el acceso desde la red de TELEFÓNICA a los números 118AB que hubieran de encaminarse a través de las redes de otros operadores.

El servicio a que se hace referencia en el párrafo anterior se prestará en las mismas condiciones en las que se viene prestando el servicio de interconexión a los servicios de red inteligente desde la red de TELEFÓNICA en su modalidad de acceso con las siguientes características:

El precio que TELEFÓNICA cobre a los usuarios de los servicios de consulta será el establecido por el operador que prestara dicho servicio en función de las posibilidades técnicas.

La cantidad cobrada a los usuarios por TELEFÓNICA pasará íntegramente al operador interconectado detrayendo la remuneración por la prestación de los servicios de acceso (en función del nivel de interconexión que corresponda) y facturación y gestión de cobro.

La cantidad a detraer por facturación y gestión de cobro será la que corresponda con el precio de este servicio en la vigente OIR.

La apertura de la interconexión que permita el acceso desde la red de TELEFÓNICA a los números 118AB que hubieran de encaminarse a través de las redes de otros operadores deberá realizarse en no más de 15 días naturales a contar desde la solicitud de prestación del servicio o, en los casos en que este servicio de interconexión ya hubiera sido acordado, desde la comunicación del número 118AB que corresponda".

En definitiva, de lo hasta ahora expuesto se deduce: 1) que no constan los precios ofrecidos por la demandada por la prestación del servicio de acceso y por facturación y gestión de cobro para el caso de que optara la demandante contratar el acceso especial a través de un operador alternativo distinto de la demandada. 2) Que no estaba previsto en la Oferta de Interconexión de Referencia de Telefónica de España (OIR) este servicio ni tampoco en la Orden 711/02, que en sus artículos 8.1 y 9.4 contempla el acceso especial a contratar directamente con el operador dominante. 3) Que ante la falta de previsión sobre el acceso a través de un operador alternativo, la CMT fija en la resolución de 6 de marzo de 2003 las condiciones, que no directamente el precio, en que TELEFÓNICA debe ofrecer el servicio de interconexión de números cortos del rango 118AB para el acceso desde la red de TELEFÓNICA a los números 118AB que hubieran de encaminarse a través de las redes de otros operadores, resultando completamente ajeno a la demandada, en este caso, el servicio de acceso especial a contratar entre el operador alternativo y el titular de la autorización general tipo D. 4) Que para determinar las condiciones del servicio de interconexión se toma el mismo criterio que el fijado en la OIR para el servicio de interconexión a los servicios de red inteligente desde la red de TELEFÓNICA en su modalidad de acceso, con las características antes indicadas, que además, era el modelo técnico y económico empleado por la demandada para la prestación de sus servicios de consulta a los abonados de acceso de otros operadores (esto es para las llamadas de abonados de otros operadores a los números de información de TELEFÓNICA 11818 y 11825, o lo que es lo mismo, la situación inversa, que no idéntica, a la aquí analizada). 5) Que dicho servicio de interconexión sólo puede ser solicitado por los titulares de licencia individual A o B, esto es, por los operadores habilitados para la prestación del servicio telefónico disponible al público y no por los titulares de la habilitación general tipo D (como el actor).

En consecuencia, no se aprecia infracción de norma jurídica alguna reguladora de la actividad concurrencial por este hecho, pues tal norma no existía y es la CMT, en ejercicio de sus competencias, la que colma el vacío



normativo fijando las condiciones en que los operadores habilitados para la prestación del servicio telefónico disponible al público podían solicitar el servicio de interconexión de números cortos para el acceso a la red del operador dominante, que hubieran de encaminarse a través de las redes de los otros operadores, con la finalidad de facilitar el acceso al mercado a los operadores entrantes, fomentando la creación y el desarrollo de un mercado en competencia, pero que la CMT dicte una resolución con tal objeto ante la falta de previsión legal en pleno período transitorio hacia la liberalización del mercado de información telefónica sobre números de abonado, no significa que el operador dominante abuse por ese sólo hecho de su posición.

Al operador dominante le es exigible que no abuse de su posición de dominio o como dice el TJCE en sentencias de 9 de noviembre de 1983, Michelín/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461 y de 30 de septiembre de 2003, Manufacture française des pneumatiques Michelín/Comisión, T-203/2001, el operador dominante "tiene una responsabilidad especial de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común" pero no le corresponde adoptar medidas que fomenten la competencia en el sector ante la ausencia de normas en determinada materia.

En todo caso, de apreciarse un acto de competencia desleal por infracción del artículo 82 del TCE, que no se aprecia, la única consecuencia indemnizatoria sería la derivada de la solicitud de intervención ante la CMT, pues ésta fijó las condiciones de acceso en dicha resolución (6 de marzo de 2003) y fueron las que se aplicaron a la actora.

Por otra parte, debe rechazarse que TELEFÓNICA retrasase la apertura del número de información telefónica de la demandante con la estrategia de denegar el acceso a su red en condiciones no discriminatorias, pues al margen de lo ya expuesto, debe tenerse en cuenta, como también se ha indicado, que la demandante optó, porque así lo decidió, por contratar el acceso especial con un operador alternativo, concretamente, BT IGNITE a su vez interconectado con la red de la demandada, el cual comunicó al demandante que el día 3 de abril de 2003 el número quedaba abierto al público, al tener las primeras llamadas consolidadas con TELEFÓNICA (documento nº 31 de la demanda).

En todo caso y aun cuando se hubiese contratado directamente con la demandada el acceso especial, la solicitud de apertura de la numeración se efectuó mediante carta de fecha 29 de enero de 2003, remitida por fax el 31 de enero (anexo nº 2 del documento nº 29 de la demanda), por lo que el plazo de dos meses señalado en el artículo 14.1 del Real Decreto 225/1998, de 16 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Asignación y Reserva de Números, para la efectiva apertura del mismo, no habría vencido hasta el 31 de marzo, debiendo significarse que la apertura se produjo el 3 de abril y a través de un operador de red alternativo, por lo que no cabe imputar incumplimiento alguno a la demandada.

Abusiva campaña de información sobre la sustitución del número 1003, con una triple manifestación: a) mensaje emitido por dicho número que sólo remitía al 11818 (servicio universal a cargo del operador dominante); b) nota publicitaria incluida en su factura mensual del servicio de telefonía en la que indicaba que a partir del 4 de abril de 2003, el número de información nacional 1003 sería sustituido por el 11818; y c) pretensión de Telefónica de dar un trato discriminatorio a la inclusión de sus competidores en la prestación de servicios de consulta telefónica en la guía telefónica del servicio universal ("Páginas Blancas").

En cuanto a la primera de las cuestiones enunciadas, no es discutido por las partes y así consta en la resolución de la CMT de 13 de marzo de 2003 (documento nº 37 de la demanda) que a principios de febrero de 2003 la demandada incluyó una locución o mensaje automático al llamar al número 1003, en la que se informaba que a partir del día 4 de abril de 2003, el número de información nacional de Telefónica sería el 11818.

Como consecuencia de lo anterior, junto a otros hechos, la demandante instó la intervención de la CMT, solicitando diversas medidas cautelares y, concretamente, el cese inmediato de la reproducción de dicho mensaje y que se iniciara de forma inmediata un estudio urgente de las medidas transitorias necesarias para asegurar la transición efectiva al régimen de competencia en este ámbito, incluyendo la creación de un sistema neutral de mensajes al llamar al 1003 y la imposición de una extensión del período después del 4 de abril durante el cual TELEFÓNICA no podría lanzar nuevos números 118 (documento nº 29 de la demanda, páginas 17 y 18).

La CMT en su resolución de fecha 13 de marzo de 2003 (documento nº 37 de la demanda) se limita a adoptar la medida cautelar consistente en que a partir del 4 de abril de 2003, debía establecerse un sistema de información al usuario para las llamadas dirigidas al código 1003 de conformidad con los términos y condiciones a los que se refiere dicha resolución, que esencialmente consistía en la reproducción de la siguiente locución: "El servicio de consulta telefónica sobre números de abonado prestado mediante el código 1003 ha pasado a prestarse, desde el 4 de abril (en realidad desde el 5 de abril), exclusivamente a través de otra numeración.



Puede obtener servicios equivalentes prestados por diferentes operadores marcando cualquiera de los números siguientes: 118AB1, 118AB2...", números que serían enunciados siempre en el mismo orden pero variando aleatoriamente el de comienzo en cada llamada, fijando la CMT un período de cuatro meses, desde el 4 de abril, durante los que se emitiría dicho mensaje, debiendo contribuir a los costes del establecimiento del nuevo sistema de información, todos los prestadores del servicio cuyo número quieran que se incluya en la información.

Como indica la propia resolución de la CMT, de nuevo, estamos en presencia de un vacío normativo, en tanto que la Orden 711/02, no establece procedimiento alguno en lo que se refiere al período transitorio desde la interrupción de los servicios de consulta telefónica sobre números de abonado a través del código 1003 y el conocimiento generalizado de la numeración del rango 118AB y ante ese vacío, la CMT considera imprescindible a partir del 4 de abril de 2003, el establecimiento del sistema de información neutral al que ya se ha hecho referencia, sin que se privilegie la numeración del operador dominante, la demandada, designada para la prestación de las obligaciones propias del servicio universal de telecomunicaciones respecto de la numeración de los demás, o como dice la resolución de la CMT de fecha 3 de abril de 2003, por la que se desestimó el recurso interpuesto por la aquí demandada contra la resolución de 13 de marzo de 2003 (documento nº 38 de la demanda), porque "... la utilización del código 1003 para dirigir las llamadas de los usuarios al 11818 de Telefónica contribuye a reforzar la posición de dominio de Telefónica en el mercado de servicios de consulta y distorsiona las condiciones de competencia en el mercado. Por ello, con objeto de equilibrar las condiciones de competencia en el mercado, evitando que el 1003 fuera utilizado como herramienta para reforzar la posición de dominio de Telefónica, la Comisión estimó en la resolución impugnada la necesidad, con carácter urgente, de introducir una plataforma de información neutral - articulada a través de una locución telefónica a la que accediesen los usuarios del número telefónico 1003 -. Dicha plataforma estaría enfocada a salvar el obstáculo que supone, para la apertura a la competencia del mercado de servicios de información, la posición de Telefónica de España como único operador prestador de los servicios de directorio en el ámbito del servicio universal, con el consecuente poder de acceso a los usuarios que, frente al resto de operadores entrantes, tal posición conlleva.

Además, a través de dicha medida, según la Comisión, se garantiza que los usuarios tengan conocimiento de la apertura de estos servicios a la competencia, sin que se privilegie la prestación del servicio de consulta del operador designado para la prestación de las obligaciones propias del servicio universal de telecomunicaciones respecto de los servicios de los demás proveedores".

En definitiva, tampoco en este caso cabe imputar a la demandada actuación desleal alguna, pues no existía regulación sectorial que pudiera ser infringida por la misma y tampoco cabe sostener la infracción del artículo 82 del Tratado y basta tener en cuenta que la propia CMT ni siquiera ordena el cese inmediato, como pedía el ahora actor, del la locución empleada por la demandada sino que pasa a regular lo que denomina el período transitorio tras la desaparición del 1003 (desde el 5 de abril de 2003 y por un período de 4 meses), hasta el conocimiento generalizado de la numeración de rango 118AB y ello para no reforzar la posición de dominio de TELEFÓNICA, lo que de por sí no implica que ésta abusara de esa posición cuando además se limitaba a informar del nuevo número a través del que se iba a dar cumplimiento a las obligaciones propias del servicio universal y no de otros números de información telefónica de la propia demandada como el 11822.

Una vez más cabe señalar que al operador dominante le era exigible que no abusara de su absoluta posición de dominio, pero no que fomentase la competencia informando, gratuitamente, de los números de los competidores.

La segunda de las cuestiones que pone de manifiesto la demandante en este apartado es la inclusión de un nota publicitaria en la factura mensual del servicio de telefonía, en la que se decía que "Según BOE nº 81 de 4 de abril de 2002, los números de información nacional 1003, y de información internacional 025, serán sustituidos por el 11818 y el 11825, respectivamente", señalando a continuación que "Desde el 1 de febrero de 2003 hasta la entrada en vigor definitiva de la nueva numeración, el 4 de abril, podrá acceder a los servicios de información a través de la numeración antigua o de la nueva. A partir del 4 de abril solamente estarán operativos los nuevos números 11818, Servicio de Información Nacional y 11825, Servicio de Información Internacional, en los que seguirá obteniendo toda la información telefónica que, a través, de estos servicios, venía recibiendo hasta ahora".

Respecto de esta cuestión cabe destacar que la actora en el mismo escrito antes reseñado (documento nº 29 de la demanda) también instó como medida cautelar que se obligara a TELEFÓNICA a corregir la nota informativa enviada por correo a sus abonados de forma que se entienda que el 1003 será sustituido por varios servicios competitivos 118. Dicha pretensión no fue acogida en la resolución de la CMT de fecha 13 de marzo de 2003, dado que no se hizo pronunciamiento alguno respecto de la misma.



En todo caso, es aplicable lo ya reseñado. No se ha infringido normativa sectorial alguna que tenga por objeto regular la actividad concurrencial en esta materia porque no existe, y no cabe entender que la información suministrada por la demandada a sus abonados a través de la factura pueda suponer abuso de posición dominante, careciendo de fundamento legal que la demandada tenga, de nuevo, que informar gratuitamente de los números de los competidores a través de la factura a sus propios abonados.

Dentro de las prácticas que la actora denomina de "cross-marketing", que se están analizando es este apartado, también se considera desleal por implicar un abuso de posición de dominio, el hecho de que TELEFÓNICA "pretendía" dar un trato discriminatorio a la inclusión de los números de sus competidores en la prestación de servicios de consulta telefónica en la guía telefónica del servicio universal (Páginas Blancas), defendiendo que sus números debían distinguirse de los números de los demás proveedores.

La cuestión ahora analizada carece de relevancia a los efectos de este pleito, pues la "pretensión" de la demandada no tiene incidencia alguna a los efectos de determinar, en su caso, una indemnización de daños y perjuicios a favor de la demandante, pues en ningún caso, dicha "pretensión" ha podido causar daño o perjuicio a la actora.

Efectivamente, un tercero, otro prestador del servicio de información telefónica solicitó la intervención de la CMT que motivó la resolución de fecha 29 de julio de 2003 (documento nº 33 de la demanda). Dicha resolución se limita a analizar la petición del aquí tercero por la que se instaba a la CMT a que se incluyeran los números de los distintos servicios de consulta de los diferentes operadores en la guía telefónica en el ámbito del servicio universal de "Páginas Blancas" y se prohibiera la publicidad exclusiva o resaltada del número 11818 en la portada de las mismas. La CMT resolvió que "En las nuevas ediciones de la guía telefónica elaborada en el ámbito del servicio universal, Telefónica de España, S.A.U. ha de permitir que se publiquen en la misma, cuando así se solicite por el interesado, los números de teléfono a través de los que las distintas entidades prestan servicios de consulta. Dicha publicación, deberá ofertarse, de acuerdo con el principio de no discriminación, en las mismas condiciones bajo las que se publican actualmente en las páginas iniciales los números 11818 servicio de información nacional y 11825 servicio de información internacional, que tiene asignados Telefónica de España, S.A.U."

En la tramitación del expediente de referencia, la aquí demandada, según consta en la propia resolución, puso de manifiesto su "pretensión" de que el número 11818 asignado para la prestación del servicio universal pudiera ser anunciado separadamente del conjunto de servicios que operan en competencia.

La CMT interpretando la normativa aplicable al caso entendió que en las páginas iniciales de la guía debía constar la información necesaria para la utilización del servicio telefónico prestado por todos los operadores habilitados para ello, esto es, los números de los servicios de consulta que permiten a los usuarios acceder a la información sobre números de teléfonos de los abonados, información esencial para acceder y hacer uso del servicio telefónico, como exige el artículo 6.4 de la Orden Ministerial sobre servicios de consulta telefónica sobre número de los abonado y que la obligación de no discriminación conllevaría que en el supuesto de que un proveedor de servicios de consulta solicitase de TESAU que se incluyese el número que tiene asignado para la prestación del servicio de consulta en la guía telefónica del servicio universal de Páginas Blancas, TESAU debería ofrecer condiciones no menos favorables que las aplicadas a sus números de información nacional e internacional, esto es, su inclusión gratuita en las páginas iniciales y la inserción, sin cargo, en un recuadro en el apartado del guía correspondiente a la letra T. Debe destacarse que la propia resolución indica que "...ha de concluirse, que dado que las condiciones en el mercado de servicios de consulta han variado con la apertura a la competencia y la entrada de nuevos agentes en el mercado, TESAU debe ofrecer en las nuevas ediciones de la guía telefónica elaborada en el ámbito del servicio universal la posibilidad de que se publiquen en las mismas los números de teléfono a través de los que las distintas entidades prestan servicios de consulta. Dicha publicación deberá efectuarse, cuando así lo soliciten los operadores interesados, en las mismas condiciones bajo las que actualmente figuran los números 11818 y 11825. En caso contrario, podría incurrirse en una eventual vulneración del principio de no discriminación, al no concurrir justificación objetiva alguna que permita un tratamiento diferenciado".

Desde luego no cabe imputar acto desleal alguno a la demandada por la mera pretensión o alegación articulada en el expediente instado ante el regulador por un tercero, dado que no han tenido ni podían tener efecto en el mercado. Sencillamente, ante la apertura de la competencia en los servicios de directorio, la CMT fija las condiciones en que deben acceder los nuevos números 118AB en las nuevas ediciones de la guía telefónica elaborada en el ámbito de del servicio universal (Páginas Blancas), esto es, a partir del ejercicio 2003/2004, siempre previa petición del operador y no consta ni se ha alegado previa petición por la demandante ni infracción de lo acordado en dicha resolución, sin duda porque se ha acatado por la demandada.



3) Coste abusivo para la implantación del carrusel (información neutral y aleatoria de los nuevos números 118AB al llamarse al número 1003) e información errónea sobre el número de prestadores del servicio incluido en dicho carrusel.

La actora alega que TELEFÓNICA intentó impedir el uso del nuevo carrusel por parte de los nuevos proveedores, mediante la fijación de un presupuesto exorbitante para la creación del mismo (800.000 euros) luego fijado por la CMT en 10.076,61 euros, y difundiendo la información falsa de que habría ocho números en el carrusel cuando luego hubo sólo cuatro, por lo que no pudieron atender el número de llamadas al haber contratado la mitad de los recursos necesarios.

Debe tenerse en cuenta que en la resolución de la CMT de fecha 13 de marzo de 2003 (documento nº 37 de la demanda) que acordó el sistema neutral de información denominado carrusel, se ordenó que "Una vez adoptada la resolución definitiva en este procedimiento, se acordarán los ajustes necesarios derivados de la aplicación retroactiva, a esta fase provisional, de las condiciones económicas definitivas que en su momento se determinen". Asimismo, se imponía a TELEFÓNICA la obligación de que, antes del día 21 de marzo de 2003, comunicase a la CMT y los operadores que hubieran solicitado la inclusión en el mencionado sistema, una estimación de los costes del mismo. En cumplimiento de dicha obligación, la demandada informó a la actora, mediante carta de fecha 21 de marzo de 2003, remitida ese mismo día por fax (documento nº 40 de la demanda) que el coste de implantación del sistema, para proporcionar información sobre ocho números, se elevaba a unos 800.000 euros.

De nuevo se trae a los autos por la demandante una cuestión ajena a la petición de daños y perjuicios que se contiene en el suplico de la demanda en tanto que, los hechos imputados a la demandada ningún daño o perjuicio han supuesto para la demandante, al margen de que tampoco se aprecie infracción de norma sectorial o abuso de posición de dominio, por lo que se niega que la cuestión ahora analizada pueda implicar un acto de competencia desleal.

La CMT, por las razones ya apuntadas, impuso el sistema de información neutral también ya descrito, reservándose la fijación retroactiva de las condiciones económicas derivadas del mismo, una vez adoptada la resolución definitiva.

En cumplimiento de la resolución la demandada implantó el sistema, del que se benefició la demandante, y en la CMT en su resolución definitiva de 26 de septiembre de 2003, fijó los costes del sistema (documento nº 36 de la demanda). No cabe pues, imputar comportamiento desleal alguno a la demandada.

En definitiva, el defectuoso cálculo del presupuesto efectuado por la demandada, como queda evidenciado por la fijación definitiva del coste en 10.076,61 euros (página 25 del documento nº 36 de la demanda), no ocasionó perjuicio alguno a la actora, que quedó incluida en el carrusel con pleno conocimiento de que las condiciones económicas serían fijadas por la CMT.

Por otro lado, ninguna obligación se impuso a la demandada de precisar el número de operadores que debían incluirse en el sistema, pues dependía de la voluntad de los prestadores del servicio al no ser obligatoria la participación en el sistema y no afirmó en la carta de referencia que fueran ocho los peticionarios sino que el coste, para proporcionar información sobre ocho números, se elevaba a la cifra indicada, sin que conste que en esa fecha se hubieran cursado todas las peticiones a la demandada. Así, por ejemplo, si la demandada hubiera afirmado que eran cuatro los operadores, podría haber dicho la actora en la demanda que la información también era errónea dado que los números incluidos en el sistema, tal y como se indica en la resolución de 26 de septiembre de 2003, varió según los meses (4 en abril y mayo; 9 en junio; y 12 en julio y agosto) por lo que en algunos de los meses destinó recursos excesivos con el consiguiente coste que, según su criterio, también podría intentar repercutir sobre la demandada.

4) Incumplimiento de Telefónica, a partir de la entrada en vigor de la Orden 711/02, de facilitar a la CMT información actualizada de sus abonados con periodicidad mensual, conforme a la Disposición Transitoria de dicha Orden.

Como ya se dejó apuntado, la Disposición Transitoria Primera de la Orden 711/202 señala que "En el plazo de dos meses desde la fecha de entrada en vigor de esta Orden, y hasta que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponga a disposición de las entidades habilitadas la información sobre números de abonado de todos los operadores, el operador designado para la prestación del servicio universal de telecomunicaciones facilitará a dicha Comisión, al menos con una periodicidad mensual, la información actualizada de sus abonados a la que se refiere el apartado decimocuarto, para que ésta los pueda poner a disposición de los interesados en los términos del apartado decimoquinto".



La entidad actora entiende que TELEFÓNICA no cumplió con esta estipulación y que la demandante no tuvo la oportunidad de acceder a los datos del operador dominante hasta noviembre de 2002 (aunque por error se dice 2003).

Para el adecuado análisis de esta cuestión debe tenerse en cuenta que el operador dominante debía facilitar a la CMT, en el plazo de dos meses desde la fecha de la entrada en vigor de la Orden, es decir, hasta el 5 de junio de 2002, dado que la orden se publicó el 5 de abril, y con una periodicidad mensual, la información actualizada de sus abonados, para que la CMT pudiera ponerla a disposición de los interesados, previa petición de los mismos (artículo 15 de la reiterada Orden).

Señalado lo anterior, la propia demandante admite que no obtuvo autorización de la CMT para el acceso a los datos hasta el día 17 de octubre de 2002, en virtud de la petición efectuada el día 23 de mayo anterior (documento nº 28 de la demanda), por lo que cualquier supuesto incumplimiento por parte de la demandada anterior a la fecha indicada es irrelevante a los efectos de esta resolución pues ninguna incidencia habría tenido en la demandante al no poder ocasionarle daño o perjuicio alguno, debiendo recordarse, de nuevo, que no se trata aquí de enjuiciar con carácter general la conducta de la demandada durante el proceso de liberalización del mercado de información telefónico sobre números de abonado.

En la citada resolución de fecha 17 de octubre de 2002, dictada por la CMT, se estima la solicitud de la aquí actora para que se le faciliten los datos de los abonados previstos en el artículo 3º de la Orden 711/02 y, además, fija los términos en que se va a satisfacer tal derecho a la instante, de forma que todos los operadores del servicio telefónico disponible al público, que asignen números a sus abonados (TELEFÓNICA, entre otros), deberían en los tres últimos días hábiles de todos los meses suministrar a la CMT la información actualizada de sus abonados a día 20 de cada mes, para la prestación de los servicios de consulta por **CONDUIT EUROPE, SA.**, mediante soporte óptico o magnético y según las especificaciones contenidas en el Anexo de dicha resolución, para que la CMT pusiera a su disposición dichos soportes durante los tres primeros días hábiles de cada mes, estableciendo que la primera entrega por parte de los operadores se produciría durante los tres últimos días hábiles del mes de octubre y la primera puesta a disposición de la aquí demandante durante los tres primeros días del mes de noviembre.

En consecuencia, con independencia de que la demandada diera o no cumplimiento a lo ordenado en la Disposición Transitoria de la Orden 711/02, la demandante sólo tenía derecho a obtener la primera puesta a disposición de los datos en los tres primeros días de noviembre de 2002, por así haberlo acordado, a la vista de su petición, la propia CMT, sin que conste ni se haya afirmado, que la demandada incumpliera la obligación de facilitar a la CMT los datos en los tres últimos días de octubre. Por el contrario, la demandante admite que se le facilitaron los datos en el mes de noviembre de 2002, todo ello sin perjuicio de la calidad o contenido de los datos que será objeto de análisis en el siguiente apartado.

Entrega de datos defectuosos o incompletos con: a) problemas de formato; b) información omitida (falta de identificación del tipo de terminal y de información de la finalidad de los distintos números de un mismo abonado); c) mala calidad de los datos; d) omisión de los números de red inteligente (800/900, 901, 902, 903 y 906).

De la apreciación conjunta de la prueba practicada resulta debidamente acreditado que la demandada suministró a la actora datos defectuosos o incompletos de los números de sus abonados y, en todo caso con peor información de la facilitada y utilizada por sus propios servicios de información telefónica y, concretamente del 11818.

A esta conclusión poco colabora el ininteligible informe pericial acompañado a la demanda como documento nº 50, elaborado por don Rodolfo , tanto por su forma como por su contenido. Así, poco aporta para la resolución de este pleito saber que resultan aprobados los campos booleanos o que se aprecian fallos (con interrogante) en el elemento 10 al estar "sin valores de 11 en el campo 53", como tampoco entiende este órgano judicial lo que significa, o la trascendencia que puede tener, el hecho de que el elemento 14 también resulte fallido por tener "Dos registros con comillas " en el campo de texto" (todo ello en la página 21 de informe), por citar algunos ejemplos.

Al no servir de base a la conclusión anterior el informe pericial acompañado como documento nº 50 a la demanda, tampoco resulta relevante el singular informe pericial aportado por la demandada antes de la Audiencia Previa y elaborado por la entidad "SOFTWARE AG". Singular, porque no parece riguroso que una parte sustancial del mismo se limite, lisa y llanamente, a hacer publicidad de sus productos a través de lo que parece la impresión de una presentación en powerpoint. También debe tenerse en cuenta que la demandada es un cliente relevante de la citada empresa desde hace 17 años, como consta en el propio informe. Por último, en dicho informe se contiene alguna afirmación que evidencia lo anterior y hace dudosa cualquier otra afirmación o conclusión contenida en el mismo. Así, frente a la afirmación contenida en el informe pericial aportado por



la actora de que se omitían los campos 36, 37, 38 y 39 (nombre, primer apellido, segundo apellido y nombre comercial), se trata de refutar las consecuencias de la omisión diciendo que no eran campos obligatorios, dando a entender que voluntariamente podían o no rellenarse, cuando en realidad, como sin duda le consta al perito o debía constarle, dada su amplia experiencia, entre otros muchos campos, en la elaboración de la información a suministrar por la demandada a la CMT, objeto de este pleito, dicho carácter obligatorio se refiere a que no se aplicarían en aquellos casos en los que el propio abonado haya solicitado omitir dicha información, tal y como se indica de forma expresa en el anexo de la resolución de la CMT de fecha 17 de octubre de 2002, en la que, precisamente, se acuerda facilitar los datos a la demandante y se fija el concreto formato en que debe verificarse (página 28 del documento nº 28 de la demanda), por lo que en la medida que constasen a la demandada los datos de dichos campos y el interesado no hubiera manifestado la voluntad de omitir dicha información, debían facilitarse a los entrantes y éste es el hecho que debía haber, al menos, intentado acreditar la demandada. En todo caso, tampoco podrían ser asumidas sus conclusiones al pretender desvirtuar el informe pericial aportado por el actor con base a la información actual de las bases de datos de TELEFÓNICA, cuando lo relevante son los datos que se pusieron a disposición de la CMT para su traslado a la demandante, reconociendo el perito en el acto del juicio (39# 50## y ss. del cuarto CD) que no pudieron reconstruir la situación de las bases de datos origen de la información a 2003, comprobando los procedimientos entonces aplicados y la información actual.

Precisado lo anterior, la propia demandada admite que no facilitó a la CMT ni a la demandante los números de red inteligente hasta julio de 2003, esto es desde noviembre de 2002 hasta julio de 2003, período esencial inmediatamente anterior y posterior a la efectiva apertura a la competencia de los servicios de directorio con la desaparición del número 1003 (5 de abril de 2003), la demandada no facilitó dichos números a la demandante, omisión que no puede justificarse en la excusa de que no eran de inclusión obligatoria en las guías de Páginas Blancas y sólo acceden cuando el titular otorga su consentimiento pues en la medida en que insertaban dichos números como publicidad están otorgando el consentimiento y, especialmente, porque se informaba de ellos a través del 11818, como consta en las resoluciones de la CMT de fecha 26 de junio y 13 de noviembre de 2003, aportadas como documentos nº 7 y 11 de la demanda. Omisión que tienen notable incidencia en cuanto al número de consultas de información telefónica, concretamente un 45% de las llamadas a los números de información se efectúan para obtener números de red inteligente, según resulta del documento nº 51 de la demanda, no desvirtuado de contrario y ratificado por el perito don Íñigo en el acto del juicio (1h 18#04## y ss. del primer CD)

En cuanto al resto de los defectos puestos de manifiesto por la demandante, basta indicar que al denunciar estas mismas omisiones o defectos ante la CMT, los Servicios de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones elaboraron un informe (documento nº 49 de la demanda) en el que se indica "... los servicios de esta Comisión han realizado una labor investigadora basada en al realización de consultas de los servicios de información telefónica y en los servicios de guías de abonados on-line de TELEFÓNICA y otras empresas pertenecientes a su grupo (TPI, 11888 SERVICIOS DE CONSULTA) sobre una muestra de algunos de los números de abonados que tanto **CONDUIT** como QDQ alegan inexistentes en los ficheros suministrados pro TELEFÓNICA.

El fruto de dicha tarea es la acreditación, de que efectivamente es posible obtener un resultado favorable acerca de dichos números, y que por otro lado, pueden obtenerse resultados de mayor calidad respecto de los campos donde se alegan errores, como por ejemplo: nombre del usuario/razón social, nombre comercial o tipo de vía del domicilio...

En este sentido, la provisión por parte de TELEFÓNICA de datos incompletos o de baja calidad de sus abonados equivale en la práctica a una negativa de acceso a dichos datos e implica la necesidad de acudir a fuentes de suministro de información alternativas que generan unos costes adicionales para los competidores de TELEFÓNICA, que deseen prestar un servicio en las mismas condiciones de calidad que este operador...

Sobre la base del razonamiento anterior, puede concluirse que TELEFÓNICA ha llevado a cabo prácticas discriminatorias en el suministro de los datos a sus abonados de acceso directo a **CONDUIT** para la prestación del servicio de información telefónica, por cuanto de la diferencia en calidad y completitud (sic) de los datos (en particular los relativo a números de inteligencia de red) suministrados a sí misma, se deriva una desventaja competitiva para **CONDUIT** en el mercado de servicios de consulta telefónica sobre números de abonado".

Dichas deficiencias motivaron la adopción contra la aquí demandada de determinadas medidas cautelares en la resolución de la CMT de fecha 26 de junio de 2003 (documento nº 7 de la demanda) adoptadas con carácter previo a dicho informe, constando en la citada resolución que "Sin embargo, según manifiesta **CONDUIT**, los datos proporcionados por TESAU a través de esta Comisión difieren en gran medida en cuanto a la calidad y contenido de los que TESAU facilita a través de su servicio 11818. Efectivamente y así se ha podido comprobar, **CONDUIT** no facilita a través de su servicio datos que sí son proporcionados a través del servicio 11818,



situación que le obliga a recurrir a fuentes de suministro de información alternativas (Base de datos E.115), con el consiguiente coste económico tal y como se detallará más adelante, con la finalidad de poder ofrecer a sus clientes un servicio equivalente al proporcionado por TESAU".

En concreto, las medidas cautelares que se adoptaron fueron las siguientes:

"Primero.- Obligar a TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. a suministrar a **Conduit** Europe, S.A., en el plazo de cinco días contados a partir del día siguiente a la notificación de la presente Resolución, acceso on-line de forma gratuita a la información actualizada y completa sobre abonados al servicio telefónico básico que está utilizando en el momento presente para la prestación al público de su servicio de consulta telefónica accesible a través del número 11818,.

Segundo.- En el caso de que fuera técnicamente imposible el cumplimiento en el plazo establecido de la obligación contenida en el Apartado precedente,

TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. queda obligada, de forma transitoria, desde el día siguiente a la notificación de la presente Resolución y hasta el correcto cumplimiento de la obligación a que se refiere el Resuelve Primero anterior, a lo siguiente;

- 1) suministrar de manera gratuita el servicio de consulta asociado a la base de datos E.115, y
- 2) con el fin de que pueda consultar los datos de abonados que no se encuentren disponibles en el contenido de la base de datos E.115, suministrar, de forma gratuita, acceso al servicio de consulta telefónica de números de abonado que presta a través del número 11818".

De igual forma en la resolución de fecha 13 de noviembre de 2003 de la CMT (documento nº 11 de la demanda) se afirma que "... tanto **CONDUIT** como QDQ han acreditado en el marco del presente Expediente que en los soportes facilitados por TELEFÓNICA a esta Comisión, faltan determinados datos, en particular, números de inteligencia de red, o éstos son incompletos y deficientes para el desarrollo de su actividad".

Las conclusiones de los Servicios de la CMT, recogidas en las resoluciones dictadas por la misa, acreditan las deficiencias invocadas hasta el punto de que en la última resolución citada se indica que "Asimismo, esta Comisión ha podido verificar con facilidad la situación denunciada por estas entidades mediante la realización de consultas al número 11818 relativas a los datos que, según **CONDUIT** y QDQ, no figuran en los ficheros suministrados por TELEFÓNICA o figuran de forma incompleta o defectuosa. En efecto, los datos que dichas entidades aseguran no tener en los soportes facilitados por TELEFÓNICA o afirman que son erróneos o están incompletos, son proporcionados por ésta de forma correcta y completa a través de su servicio 11818".

En definitiva, no existe motivo alguno para separarse de las afirmaciones contenidas en las resoluciones de la CMT constatadas fácilmente, en aquel momento, por los Servicios de la Comisión y que no han sido desvirtuadas por la parte demandada.

SEXTO.- Las omisiones y deficiencias observadas en los datos que la demandada debía poner a disposición de la actora a través de la CMT, implica la infracción de la Orden 711/2002, desarrollada en el particular ahora analizado por la resolución de la CMT de fecha 17 de octubre de 2002, acompañada como documento nº 28 de la demanda, en tanto que norma jurídica que tiene por objeto la regulación de la actividad concurrencial en el sector de las telecomunicaciones y, concretamente, en el mercado de servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, no siendo discutida la obligación de la demandada de suministrar los datos en tanto operador que presta servicio telefónico disponible al público.

Además, dicho comportamiento implica un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 82 del Tratado de la Comunidad Europea, como a continuación se razonará.

En consecuencia, cabe imputar a la demandada un acto de competencia desleal por infracción de normas, previsto en el artículo 15 de la Ley de Competencia Desleal.

En cuanto al abuso de posición dominante, el artículo 82 del Tratado dispone que "Serán incompatibles con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Del transcrito precepto se deduce que los requisitos de la prohibición son:

Existencia de una posición de dominio.

Comportamiento abusivo.

Afectación o posibilidad de afectación al comercio entre los Estados miembros.

### 1) Posición de dominio.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas identifica la posición de dominio con 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 Sentencias del TJCE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, Hoffmann-La Roche c. Comisión; 11 de diciembre de 1980, asunto 31/80, I#Oreal; 9 de noviembre de 1993, asunto 322/81, Michelín; 5 de octubre de 1988, asunto 247/86, Asatel ).

Además, la posición de dominio debe quedar referida a un mercado relevante el cual ha de quedar perfectamente identificado pro su objeto (productos o servicios), por su territorio (el mercado Común o una parte sustancial del mismo) y por su tiempo.

Como indica la sentencia del TJCE de 26 de noviembre de 1998, asunto C-7/1997 , José en sus apartados 32 y 33 "Para examinar si una empresa ocupa una Posición de dominante a efectos del artículo 86 del Tratado (actualmente 82, tras la numeración dada por el Tratado de Ámsterdam ) debe concederse una importancia fundamental, como ha señalado el Tribunal de Justicia en repetidas ocasiones, a la determinación del mercado de referencia y a la delimitación de la parte sustancial del mercado común donde la empresa pueda llevar a cabo eventualmente prácticas abusivas que obstaculicen una competencia efectiva (véase la sentencia de 17 de julio de 1997, GT-Link, C-242/95, Rec. p. I-4449, apartado 36 ).

Según una jurisprudencia consolidada, en orden a la aplicación del artículo 86 del Tratado (ahora 82 ), el mercado del producto o del servicio de que se trata engloba al conjunto de los productos o de los servicios que, en función de sus características, son especialmente aptos para satisfacer necesidades constantes y poco intercambiables con otros productos o servicios (véanse, en este sentido, las sentencias de 11 de diciembre de 1980, L#Oreal, 31/80, Rec. p. 3775, apartado 25, y de 3 de julio de 1991, AKZO(Comisión, C-62/86, Rec. p. I-3359, apartado 51 )".

En el supuesto de autos debe tenerse especialmente en cuenta la Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (DOCE de 22 de agosto de 1998), conocida como Comunicación de Acceso, en tanto que pretende completar las Directrices para la aplicación de las normas comunitarias sobre competencia en el sector de las telecomunicaciones, al no abordar aquéllas explícitamente las cuestiones de acceso, tal y como se reconoce en su párrafo 3.

En dicha Comunicación se precisa que "El mercado de producto comprende la totalidad de los productos o servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles por razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos" (apartado 43) y que "la liberalización del sector de las telecomunicaciones conducirá al nacimiento de un segundo tipo de mercado que no es otro que el de acceso a las instalaciones que se necesitan en la actualidad para la prestación de tales servicios liberalizados" (apartado 44).

En definitiva, como se indica en el apartado 45 de la Comunicación, en el sector de las telecomunicaciones existen, al menos, dos tipos de mercados de referencia dignos de tener en cuenta: el de servicio que se ha de prestar a los usuarios finales y el de acceso a las instalaciones que se necesiten para prestar tal servicio (essential facilities).

En el supuesto de autos el mercado de servicios es el de consulta telefónica sobre números de abonado, ostentando la demandada, y es un hecho notorio, una absoluta posición de dominio al explotar hasta el año 2003 en régimen de monopolio ese servicio a través del número 1003 y antes 003.

Por otra parte y, es lo relevante, como señaló la Disposición Transitoria Tercera de la LGT de 1998 , la demandada tenía (y mantiene) la condición de operador dominante en la prestación de servicios telefónicos fijos disponibles al público, señalando la CMT en la página 29 de su resolución de 13 de noviembre de 2003 (documento nº 11 de la demanda), que en el Informe Anual correspondiente al año 2002, elaborado por dicha Comisión, TELEFÓNICA era titular de 16.212.815 líneas telefónicas lo que suponía un 91,9% de la cuota de mercado en telefonía fija en cuanto a líneas y un 90,6% en número de clientes, lo que determina el control de los datos de la práctica totalidad de los abonados a dicho servicio.

No cabe la menor duda de que los datos de los abonados son un recurso esencial para prestar el servicio de información telefónica sobre números de abonado, entendiendo por recurso esencial conforme al apartado 68 de la Comunicación de Acceso, aquellas instalaciones o infraestructuras que son básicas para llegar a los consumidores y permitir a los competidores llevar a cabo sus actividades y no pueden ser sustituidas por ningún medio razonable.



Es obvio que no podrá prestarse el servicio de información telefónica sobre números de abonados si no se dispone de los números e identidad de los abonados en los términos señalados en la regulación sectorial.

Asimismo, conforme a la repetida Comunicación de Acceso, toda sociedad que controle el acceso a una instalación esencial disfruta de una posición dominante en el sentido del artículo 82 del TCE, por lo que debe afirmarse la posición de dominio de la demandada en el mercado de acceso objeto de este pleito (párrafo 69).

Por otra parte, en cuanto al mercado geográfico de referencia, tampoco ofrece duda alguna que es todo el territorio nacional, por ser el espacio en el que las partes afectadas desarrollan la actividad, siendo las condiciones de competencia bastantes homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas debido en particular a que las condiciones de competencia en ellas prevalentes son sensiblemente distintas (párrafo 54 de la Comunicación de Acceso).

## 2) Comportamiento abusivo.

Como es obvio, la aplicación de la prohibición del artículo 82 del Tratado no nace de la mera posición dominante de una empresa en un mercado determinado sino del abuso de esa posición, que se configura con carácter netamente objetivo.

Así, según reiterada jurisprudencia del TJCE, el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en situación de posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trata, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada y que obstaculizan, recurriendo a medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios basada en las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del grado de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de dicha competencia ( sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, apartado 91; de 9 de noviembre de 1983, Michelín/Comisión, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 70; de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión, C-62/86, Rec. p. I-3359, apartado 69; y de 30 de septiembre de 2003, Manufacture française des pneumatiques Michelín/Comisión, T-203/2001, párrafo 54 ; sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de octubre de 1999, Irish Sugar/Comisión, T-228/97, Rec. p. II-296, 9, apartado 111 ).

Por su parte la Comunicación de Acceso, señala en su párrafo 83 que "La denegación de acceso puede prohibirse en aplicación de lo dispuesto en el artículo 86 (ahora 82 ), si la lleva a efecto una empresa que goce de una posición de dominio como consecuencia de controlar las instalaciones, como será previsiblemente la situación en la que se encuentren los operadores tradicionales de telecomunicaciones en un futuro próximo", destacando que la denegación puede tener el efecto de dificultar el aumento del grado de competencia o dificultar su mantenimiento y que en un primer momento, cualquier denegación afectará, por lo general, a la competencia en tales mercados, dado el reducido número de operadores.

Especialmente relevante es el párrafo 85 cuando indica que "... es evidente que la negativa de suministrar a un nuevo cliente en circunstancias en que un titular de una instalación dominante suministra ya a uno o más clientes que operan en el mismo mercado descendente, será constitutivo de abuso. En el caso de que los operadores de red ofrezcan servicios al por menor idénticos o similares a los de la parte que solicita el acceso, cabe la posibilidad de que ambos dispongan del incentivo y de la oportunidad de restringir la competencia y abusar así de su posición dominante". Concluyendo el apartado 86 que "En términos generales, las empresas que gocen de posición dominante están obligadas a facilitar el acceso de modo que se disponga de los productos y servicios ofrecidos a las empresas de operaciones derivadas en unas condiciones no menos favorables que las concedidas a otras partes, incluidas sus propias divisiones de operaciones derivadas".

En el supuesto de autos, ha quedado acreditada la posición de dominio de la demandada en el mercado de acceso a la red de telefonía pública conmutada con control, en consecuencia, de los datos de la práctica totalidad de los abonados a dicho servicio, teniendo también la consideración de dominante en el mercado conexo descendente de información telefónica sobre números de abonado, abusando de dicha posición al facilitar datos defectuosos a los competidores que impiden el normal desarrollo del servicio, lo que en la práctica equivale a la denegación de acceso y, en todo caso, en peores condiciones que los facilitados a su propio servicio 11818, lo que supone un acceso discriminatorio determinante del abuso en la posición de dominio que ostenta la demanda.

## 2) Afectación o posibilidad de afectación al comercio entre los Estados miembros.

La aplicación del artículo 82 del Tratado y, en consecuencia, la competencia objetiva de este órgano judicial ( artículo 86 ter 2.f. de la Ley Orgánica del Poder Judicial ), requiere que el abuso afecte o pueda afectar al comercio entre los Estados miembros.



La valoración de este requisito exige acudir como guía interpretativa a la Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículo 81 y 82 del Tratado, contenidas en la Comunicación de la Comisión 2004/C 101/07 (DOUE de 27 de abril de 2004 ).

Ante todo cabe señalar, como indica el apartado 22 de la Comunicación, que el comercio entre los Estados miembros puede verse afectado también en el supuesto de que el mercado pertinente sea meramente nacional, como es el caso. Con más detalle en los apartados 93 y siguientes precisa la Comunicación, siguiendo la jurisprudencia del TJCE que "El comercio entre Estados miembros puede en principio verse afectado cuando una empresa que ocupe una posición dominante que abarca la totalidad de un Estado miembro incurra en exclusiones abusivas. Por lo general, esta conducta abusiva hará más difícil que los competidores de otros Estados miembros penetren en el mercado, en cuyo caso las corrientes comerciales pueden verse afectadas... Las exclusiones abusivas que afecten a la estructura de la competencia en un Estado miembro, por ejemplo eliminando o amenazando con eliminar a un competidor, también pueden afectar al comercio entre los Estados miembros".

Por último debe indicarse, conforme al apartado 96 de la Comunicación, que la mera presencia de la empresa dominante que abarque la totalidad del Estado miembro basta para dificultar al penetración en el mercado, debiendo considerarse que cualquier abuso que haga más difícil la penetración en el mercado nacional afecta sensiblemente al comercio. Esto es, la combinación de la posición en el mercado de la empresa dominante y la naturaleza contraria a la competencia de su conducta implica que tales abusos tienen normalmente, por su propia naturaleza, un efecto apreciable, lo que es aplicable al supuesto enjuiciado en que el operador dominante, aquí demandado, deniega el acceso a una instalación esencial o lo concede en condiciones discriminatorias, a una empresa de otro Estado miembro, entorpeciendo de forma apreciable su penetración en el mercado nacional de la prestación del servicio de información telefónica sobre números de abonado.

SÉPTIMO.- Resta por analizar la conducta de la demandada tras la desaparición del número de información telefónica 1003, que tuvo lugar el día 5 de abril de 2003, una vez concluido el período transitorio previsto en la Orden 711/02.

Prescindiendo de las cuestiones relativas a los datos de los abonados, que han sido tratadas en los fundamentos anteriores la actora considera desleales dos prácticas: 1) Uso ilegal de números cortos para competir en el mercado de servicios de consulta telefónica y 2) Ataque abusivo a la campaña de publicidad de **CONDUIT**.

Esta segunda cuestión es del todo punto irrelevante en tanto que cualquiera que fuera la conclusión a la que se llegara, no tendría repercusión alguna en el fallo de esta resolución al no tener previo reflejo en el suplico de la demanda, es decir, no se interesa indemnización alguna por este concepto.

En todo caso, el hecho de que la aquí demandada en uso de su derecho solicitara la adopción de medidas cautelares con la finalidad de obtener el cese de la campaña de publicidad de la actora, sin que prosperase la acción y sin analizar el fondo de la cuestión, por la falta del requisito procesal del previo requerimiento del artículo 26 de la Ley General de Publicidad (documento nº 65 de la demanda), no puede integrar abuso de posición dominante ni con mayor amplitud ilícito concurrencial alguno y no tiene más consecuencia que la desestimación de la solicitud y la condena en costas que en su día se pronunció.

Mayor trascendencia debe atribuirse al uso por la demandada de números cortos para la prestación del servicio de información telefónica sobre números de abonado, tras la desaparición del 1003.

No es discutido y así resulta, además, de la resolución de la CMT de 24 de julio de 2003 (documento nº 64 de la demanda) que la demandada a través del número de información general 098, siguió dando información telefónica sobre números de abonado, además de otra información, a partir del 5 de abril de 2003.

Como consecuencia de lo anterior, la CMT ordenó a TELEFÓNICA el cese de esa práctica al adoptar la medida cautelar en la resolución antes reseñada, por la que acordó que en los diez días siguientes a su notificación, en el caso de que se recibieran llamadas en el 098 solicitando servicios de información telefónica sobre números de abonado de los regulados en la Orden 711/02, la ahora demandada no podía suministrar la información requerida.

Dicha práctica es constitutiva de competencia desleal de conformidad con el artículo 15.2 de la Ley de Competencia Desleal , por infringir normas jurídicas que tienen por objeto la regulación de la actividad concurrencial y, concretamente, la Orden 711/02.

Efectivamente, el artículo 13 de la citada Orden reserva el código 118, seguido de dos cifras, al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado de la red pública telefónica y en su Disposición Transitoria Segunda se establece que desde el 5 de abril de 2003, esto es, transcurrido un año desde su entrada en vigor,



".. no se podrán utilizar, para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, números cortos asignados distintos de los previstos en ella".

En consecuencia, la utilización de un número corto, distinto de los 118AB, para prestar el servicio de información telefónica sobre números de abonado con posterioridad al 4 de abril de 2003, implica lisa y llanamente un acto de competencia desleal por infracción de la norma jurídica que, precisamente, tenía por objeto establecer las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado en un marco de competencia, siendo irrelevante que a través de ese número se ofrecieran otros servicios de información general.

Especialmente ilustrativas son las siguientes afirmaciones contenidas en la resolución de referencia de la CMT, que hace propias esta resolución judicial "Por otro lado, la relación de servicios ofrecidos a través del número 098, remitida por Telefónica a esta Comisión, muestra que se suministran también informaciones relativas a los números de abonado al servicio telefónico disponible al público, sean éstos particulares o asociados a servicios comerciales o profesionales. Se trata en cualquier caso de un servicio que engloba los servicios de consulta telefónica sobre números de abonado, cuya prestación ha de someterse a lo dispuesto en la normativa vigente ya referida... Entre otras actuaciones dirigidas a cumplir lo dispuesto en la citada Orden, esta Comisión ha realizado y continúa realizando diversas asignaciones en estos rangos a operadores y proveedores habilitados para la prestación de servicios de directorio (entre ellos, varias entidades del grupo Telefónica), todo cual ha permitido que en el momento actual se esté produciendo el lanzamiento comercial de los servicios de directorio de diferentes proveedores, anunciados profusamente en los medios de comunicación.

En esta situación de competencia incipiente, se enmarca la revitalización por parte de Telefónica de un servicio cuyo alcance se extiende al ámbito de los servicios de consulta telefónica sobre números de abonado y que es ofrecido, además, a través de una numeración de tres dígitos, no perteneciente al rango atribuido a los servicios de directorio, y que es más sencilla y fácil de recordar por los usuarios que un número 118AB, al menos hasta que los usuarios se familiaricen con el nuevo rango 118.

El número 098 (así como otros números cortos del tipo «0XY») viene siendo utilizado e informado en sus páginas blancas por Telefónica desde las etapas previas a la liberalización del sector. Telefónica, por tanto, se beneficia de una situación que los operadores y proveedores habilitados para la prestación de servicios de directorio no pueden emular, puesto que el actual marco normativo les impide el acceso a numeraciones de tres dígitos equivalentes a las tradicionalmente usadas por Telefónica.

Según los datos aportados por Telefónica, el volumen de llamadas atendidas desde el 5 de abril de 2003 en el centro de atención de llamadas del 098 no resulta significativo frente a las atendidas en el correspondiente al 11818, y es posible que a corto plazo se ponga en servicio su numeración 11822, que le permitirá ofrecer servicios de consulta de valor añadido y progresión de la llamada. No obstante, mientras esta situación se mantenga en el tiempo, se incrementará el número de usuarios que hayan adoptado el hábito de efectuar sus consultas de información telefónica sobre números de abonado al número 098, máxime si, como se desprende de lo alegado por Telefónica, la solicitud sobre el 098 de un servicio de los regulados en la Orden CTE/711/2002 por parte de cualquier usuario implica su atención automática, con lo que los usuarios tienen escaso incentivo para utilizar las numeraciones de cinco dígitos legalmente habilitadas para ello.

Por esta razón, esta Comisión considera necesario impedir que Telefónica siga proporcionando servicios de consulta telefónica sobre números de abonado a través del 098, puesto que ello supone la prestación de un servicio al margen de lo dispuesto en la normativa sectorial de aplicación, con los perjuicios que de ello se derivan en cuanto a las posibilidades de entrada y sostenimiento en el mercado de los proveedores alternativos de servicios de directorio, máxime cuando desde el 12 de julio de 2003 Telefónica tiene habilitadas las tarifas de su número 11822".

OCTAVO.- Corresponde ahora analizar el importe de la indemnización de daños y perjuicios derivados de los actos de competencia desleal, admitidos como tales en los fundamentos anteriores, todo ello al amparo del artículo 18.5ª de la Ley de Competencia Desleal, indemnización que respecto de los actos de abuso de posición dominante también tendrían amparo en la propia doctrina establecida por el TJCE en la conocida sentencia *Courage* de 20 de septiembre de 2001, asunto C-453/99 (cuestión prejudicial planteada por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) en el litigio ante ella pendiente entre *Courage Ltd* y *Bernard Crehan* y entre *Bernard Crehan* y *Courage Ltd* y otros).

En dicha sentencia se establece "25. Por lo que atañe a la posibilidad de solicitar una reparación del perjuicio irrogado por un contrato o un comportamiento susceptibles de restringir o de falsear el juego de la competencia, procede recordar en primer lugar que, según jurisprudencia reiterada, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar, en el marco de sus competencias, las disposiciones del



Derecho comunitario, garantizar la plena eficacia de tales normas y proteger los derechos que confieren a los particulares (véanse, en particular, las sentencias de 9 de marzo de 1978, Simmenthal, 106/77, Rec. p. 629, apartado 16, y de 19 de junio de 1990, Factortame y otros, C-213/89, Rec. p. I-2433, apartado 19 ).

(26) La plena eficacia del artículo 85 del Tratado (lo que sería igualmente aplicable al artículo 86, actualmente 82 ) y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1 se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia.

(27) En efecto, un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad... (29) Sin embargo, ante la inexistencia de una normativa comunitaria en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho comunitario confiere a los justiciables, siempre que dicha regulación no sea menos favorable que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad) (véase la sentencia de 10 de julio de 1997, Palmisani, C-261/95, Rec. p. I-4025, apartado 27 ).

(30) Sobre este particular, el Tribunal de Justicia ha declarado ya que el Derecho comunitario no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales velen por que la protección de los derechos garantizados por el ordenamiento jurídico comunitario no produzca un enriquecimiento sin causa de los beneficiarios (véanse, en particular, las sentencias de 4 de octubre de 1979, Ireks-Arkady/Consejo y Comisión, 238/78, Rec. p. 2955, apartado 14; de 27 de febrero de 1980, Just, 68/79, Rec. p. 501, apartado 26, y de 21 de septiembre de 2000, Michailidis, asuntos acumulados C-441/98 y C-442/98, Rec. p. I-7145, apartado 31 )".

Precisado lo anterior, como ya se señaló en el primero de los fundamentos de derecho de esta resolución, la actora reclama en concepto de daños y perjuicios la cantidad de 6.012.351,22 euros según el siguiente detalle:

A) Daño emergente (1.247.850,72 euros):

Utilización de fuentes de información alternativa a la base de datos que estaba obligada a facilitar la demandada: 565.441 euros.

Incremento de coste de operación de los centros de atención de llamadas: 494.954,21 euros.

Incremento de coste por depuración de datos: 73.592 euros.

Defensa de los derechos de la demandante: 113.893,51 euros.

B) Además, en concepto de lucro cesante se reclama la cantidad de 3.420.634,90 euros, por pérdida de cuota de mercado desde abril de 2003 hasta octubre de 2004, más 167.983,20 euros mensuales desde noviembre de 2004 hasta junio de 2005.

Fijados los términos, conceptos y cuantías reclamadas procede analizar cada uno de ellos.

A) Daño emergente:

Utilización de fuentes de información alternativa a la base de datos que estaba obligada a facilitar la demandada.

Las omisiones y mala calidad de los datos de los abonados facilitados por la demanda obligó a la actora, para poder prestar adecuadamente el servicio de información telefónica sobre números de abonado, a acudir a una fuente de información alternativa como es el servicio de la propia demandada denominado E115, al que accedía a través de la empresa "Pages Jaunes" y de una conexión GDA facilitada por "Volt Delta" y también por "Eircom" (documento nº 69 e informe pericial aportado como documento nº 73, página 37).

La necesidad de acudir a esta fuente de información alternativa se constató incluso por la CMT en su resolución de fecha 26 de junio de 2003 (documento nº 7 de la demanda), imponiendo, por esta causa, como medida cautelar, la obligación de facilitar a la actora en un plazo de cinco días, una acceso on-line de forma gratuita a la información actualizada y completa sobre abonados al servicio telefónico básico que está utilizando para la prestación al público de su servicio de consulta telefónica accesible a través de su número 11818 y, para el caso de que no fuese técnicamente posible en el plazo señalado, debía de forma transitoria suministrar de forma gratuita el servicio de consulta asociado a la base de datos E115 e incluso para consultar los datos no



disponibles en esta base, se imponía a la demandada la obligación de suministrar, gratuitamente, acceso al servicio de consulta telefónica de números de abonado que presta a través de 11818.

Ante el incumplimiento de la demandada de facilitar el acceso a la información en los términos indicados, la actora tuvo que acudir al servicio E115, lo que le supuso un coste entre abril y septiembre de 2003 de 580.653,81 euros tal y como resulta del informe pericial aportado como documento nº 73 a la demanda, habiendo comprobado los peritos los costes a través de las facturas emitidas por "Pages Jaunes", "Volt Delta" y "Eircon", si bien debe fijarse la indemnización por este concepto en 565.411 euros al ser ésta la cantidad imputada en las cuentas de la demandante, sin que se incluyera el coste del acceso GDA a través de "Eircon".

Incremento de coste de operación de los centros de atención de llamadas.

En el informe pericial aportado por la demandante como documento nº 73 (páginas 38 a 41) se afirma que la mala calidad de los datos facilitados por la demandada ha supuesto un incremento en los tiempos medios para las consultas de la actora, tomando como referencia el estándar internacional en el sector de 47 segundos, lo que supone un coste adicional de operación de los centros de atención de llamada que se cuantifica en 494.954,21, aplicando el porcentaje del exceso de tiempo al coste total de teleoperadores.

No se pueden compartir las conclusiones de los peritos en este punto, en primer lugar porque no se ha tenido en cuenta, para determinar el incremento de coste para la actora, que a mayor tiempo de atención mayores ingresos por facturación, que podrían haber compensado total o parcialmente el incremento de coste de teleoperadores y aquí se está analizando el daño directo y no las consecuencias de una deficiente atención que se traduciría en perjuicios por pérdida de clientes.

En segundo lugar, porque no se comprende que si el exceso del tiempo de atención obedece sólo a la mala calidad de los datos, por qué en el centro de Dublín en el mes de mayo de 2003, por ejemplo, el tiempo de atención es de 72 segundos y en el centro de Madrid de 60 o en el mes de julio, respectivamente de 64 y 56 segundos.

Parece evidente que en el tiempo de atención influyen otros factores como la formación y experiencia de los teleoperadores y por ello en el primer mes de funcionamiento (abril de 2003) los tiempos son mucho más elevados que en los demás y en el centro de Dublín los tiempos son mayores porque los teleoperadores eran contratados fundamentalmente entre la población española que residía de forma temporal en aquella ciudad para aprender inglés porque lo que se presume una gran rotación.

En definitiva, no se ha acreditado que el incremento del tiempo de atención haya ocasionado daños a la actora ni que el exceso respecto del estándar tenga origen en la mala calidad de los datos facilitado por la demandante o, en su caso, en qué proporción.

Incremento de coste por depuración de datos.

Por el contrario, sí debe admitirse el daño derivado del incremento de coste por depuración de datos, sobre las bases fijadas en el informe pericial (páginas 42 y 43), cuya cuantía asciende a 73.592 euros.

Así, si la demandante tiene asignada una persona a la depuración de datos en el Reino Unido con 38 millones de registros que, además, compatibilizan esta tarea con otras técnicas de enriquecimiento de datos, parece razonable que en España, para un número de registros de 17 millones aproximadamente, fuera suficiente una sólo persona, por lo que el exceso debe imputarse directamente a la mala calidad de los datos facilitados por la demandada.

Defensa de los derechos de la demandante.

Como consta en esta misma resolución, la demandante tuvo que instar en numerosas ocasiones la intervención del regulador, lo que supone un daño indemnizable en la medida que tuvo que abonar los honorarios profesionales de las personas que defendieron sus intereses ante la CMT.

Como anexo A6 al documento nº 73 se incorpora una certificación de la firma "CUATRE CASAS ABOGADOS, S.R.L.", en la que figura la percepción de unos honorarios por prestación de servicios de asesoría jurídica entre febrero y septiembre de 2003, en los Expedientes MTZ 2003/309 (acceso a la red de Telefónica y uso del 1003), OM 2003/525 (acceso a datos sobre abonados) y DT 2003/1027 (uso del número 098 por la demandada para información sobre números de abonado), por importe de 64.961,25 euros, si bien sólo se han imputado a las cuentas de la actora un 74,981238% (74,98% por redondeo) de dicha cifra, esto es, la suma de 48.708,75 euros, según consta en la página 45 del informe pericial aportado por la propia demandante como documento nº 73.

Ahora bien sólo cabe admitir como daño el importe de los honorarios profesionales derivados del asesoramiento jurídico de la actora en los Expedientes OM 2003/525 (que dio lugar a las resoluciones acompañadas a la demanda como documentos nº 7 y 11) y DT 2003/1027 (aportándose la decisión sobre las



medidas cautelares como documento nº 64), al admitirse en esta resolución que los hechos que motivaron las actuaciones del regulador son constitutivos de competencia desleal.

En cambio no procede indemnización alguna por el asesoramiento en el Expediente 2003/309 (documento nº 37) al haberse rechazado que los hechos objeto del mismo implicase acto desleal alguno.

En consecuencia, procede condenar a la demandada a que indemnice a la actora por este concepto en la cantidad que se acredite en ejecución de sentencia por el asesoramiento jurídico de la firma antes reseñada en los Expedientes tramitados ante la CMT con el número OM 2003/525 y DT 2003/1027, en virtud de certificación detallada expedida por "CUATRE CASAS ABOGADOS, S.R.L.", del importe percibido por dicha actuación en los expedientes de referencia que se reducirá en un 25,02% (al haberse imputado a las cuentas de la demandante sólo un 74,98%), y en todo caso, la cantidad resultante deberá ser inferior a 48.708,75 euros y, en el supuesto de que no pudiera efectuarse el desglose, se fijará la cantidad de 32.472,5 euros correspondiente a las dos terceras partes de la suma total facturada y repercutida en la cuentas de la demandante.

También se reclaman bajo esta rúbrica las cantidades satisfechas a don Íñigo (59.102,3 euros) y don Miguel Ángel (25.024,95 euros), que representan el 80% y el 70% del importe total de los trabajos de consultoría realizados por los citados técnicos a favor de la actora, si bien sólo se han repercutido en las cuentas de la actora la cantidad de 41.822,3 euros y 23.362,46 euros, respectivamente (página 44 del informe).

Dicha reclamación se soporta exclusivamente en las certificaciones acompañadas como anexos 4 y 5 del documento nº 73 de la demanda, en la que los interesados afirman haber efectuado trabajos de consultoría para la compañía demandante correspondiendo el porcentaje antes indicado del 80% y del 70%, en ambos casos, a "la solución de los problemas causados en España por las prácticas de Telefónica de España, S.A.U., incluyendo aquellas relacionadas con la mala calidad de los datos sobre abonados suministrados por Telefónica, así como la negativa a proporcionar condiciones adecuadas de acceso e interconexión a la red".

Al margen de que por la ya expuesto, no procedería la repercusión por todos los conceptos facturados, por no haberse considerado algunos de los hechos que los motivan, actos de competencia desleal, también se desconocen en qué han consistido los servicios de consultoría, la necesidad de los mismos y el resultado producido, circunstancias que impiden tener por acreditado el daño.

Por otra parte, don Miguel Ángel era la única persona en España que se ocupaba de la gestión de la demandante tal y como reconoce el interesado en el acto del juicio (2h 02#10## y ss. del primer CD), actuando primero bajo la figura del consultor entre enero y agosto de 2003 y luego como ejecutivo desde septiembre de 2003 hasta abril de 2005 (1h 47#17## y ss. del primer CD), por lo que más que un consultor propiamente dicho era el encargado o único responsable en España de la implantación del servicio de información telefónica de la demandante, por lo que no consta la relación directa entre la facturación por sus servicios como consultor y los actos desleales que aquí se imputan a la demandada o, dicho de otra forma, que de no haberse producido éstos no se hubieran generado las mismas facturas y por los mismos importes por la labor que en España desarrollaba el citado testigo.

#### B) Lucro cesante:

Como ya se ha indicado, la demandante reclama en concepto de lucro cesante la cantidad de 3.420.634,90 euros, por pérdida de cuota de mercado desde abril de 2003 hasta octubre de 2004, más 167.983,20 euros mensuales desde noviembre de 2004 hasta junio de 2005.

No cabe duda de que la mala calidad de los datos facilitados por la demandada incidió inicialmente en la calidad del servicio de información prestado por la actora a través del número 11850 y que pudo repercutir en su cuota de mercado, en la medida en que un cliente insatisfecho con la información, difícilmente acudiría otra vez a este número en caso de que necesitase utilizar de nuevo dicho servicio.

A pesar de admitirse la posibilidad de tomar como referencia el mercado del Reino Unido para calcular la pérdida de cuota de mercado como hace el informe pericial aportado por la parte actora como documento nº 73 de la demanda y ratificado en el acto del juicio (28# 04## a 2h 32#45## del segundo CD), no cabe asumir sus conclusiones por diversas causas.

Desde luego la diferencia de volumen de llamadas entre el mercado del Reino Unido (600 millones) y el español (127 millones) no parece motivo suficiente para rechazar la comparación cuando se trata de calcular cuotas o porcentajes, que luego se aplican a una determinada base. Tampoco cabe rechazar el modelo por el hecho de que en el mercado británico no se impusiera el carrusel, pues en teoría este hecho beneficiaría a la parte demandada, en tanto que la cuota alcanzada por la actora en el Reino Unido hubiera sido aún mayor de haberse impuesto ese sistema neutral de información cuando se llamaba al número en extinción del operador dominante. El resto de las circunstancias puestas de manifiesto en el informe pericial aportado



por la demandada con anterioridad a la audiencia previa (páginas 34 a 36 del informe), no son relevantes para rechazar la comparación, aunque algunas de ellas sí pueden incidir para analizar el resultado.

La principal crítica que cabe efectuar al informe aportado por la demandante y, en consecuencia, al informe pericial judicial que esencialmente lo ratifica resumiendo el mismo (aunque luego deduzca algún concepto o reduzca el período indemnizable), es que imputa íntegramente la cuota de mercado que estima perdida por la actora al comportamiento de la demandada, sin tomar en consideración otros factores que a juicio de este órgano judicial han podido tener una influencia mucho mayor en la cuota de mercado real obtenida por la demandante en el desarrollo de su negocio en España.

Así, no se toma en consideración la previa experiencia de la demandante en el mercado del Reino Unido y, lo que es más importante, de sus operadores, en tanto que como admite el representante legal de la actora en el interrogatorio de parte (8#15## ss. del primer CD), en dicho mercado desarrollaban previamente servicios de outsourcing para otras compañías, lo que les permitía estar adiestrados y familiarizados con el negocio antes de la liberalización, circunstancia que no se daba en el mercado español. Sin duda éste es un hecho que influye decisivamente a favor de la calidad del servicio en el Reino Unido mientras que en España el servicio se prestaba desde un call center ubicado en Dublín con empleados españoles sin ninguna experiencia previa y otro en Madrid a través de la subcontratación del servicio con la entidad "GSS, S.L.", cuyos empleados tampoco tenían ninguna experiencia, tal y como admite el que fue Director en España de la demandante, Sr. Miguel Ángel, en prueba testifical (2h 02# 50## y ss. del primer CD), debiendo precisarse, además, que la ubicación física del call center en Dublín y no en Madrid, no obedece a ninguna incertidumbre creada por la demandada sino a una decisión empresarial de la demandante como admite su representante legal en el interrogatorio de parte (28# 15## y ss. del primer CD), valorándose antes de decidir sobre la instalación del centro en el país, el volumen de llamadas (28# 30## del primer CD).

Un segundo factor decisivo en la cuota de mercado es el nivel de inversión publicitaria que, a juicio de este órgano judicial, tampoco ha sido suficientemente tomado en consideración por el informe pericial.

Es un hecho notorio en tanto que conocido por cualquier consumidor, que el mercado de información telefónica sobre números de abonado, como se hace constar en el informe pericial de la demandante, se caracteriza por la existencia de search costs o, dicho de forma inteligible, que ningún consumidor va a emplear tiempo y menos dinero en buscar la mejor oferta entre los competidores cuando tiene que localizar un número de información telefónica, dado el reducido precio del servicio y el ínfimo porcentaje que supone de su renta y menos aún cuando el precio no es constante. Por eso, el dato esencial es que el consumidor sea capaz de recordar algún número (tras la desaparición del 1003) a través del cual se le suministre dicha información y el factor esencial para recordarlo es la facilidad de memorización y su recordatorio mediante la publicidad que debe ser continuada para que perdure su efecto.

En el propio informe pericial aportado por la actora, como anexo A9 se aporta una tabla en la que figuran las inversiones publicitarias de los distintos operadores y se constata que la de la actora en el período (enero 2003 a noviembre de 2004) no sólo es sustancialmente inferior a la de los números 11811, 11822, 11824 ó 11888, sino que, además, el esfuerzo publicitario se concentra en períodos muy concretos (fundamentalmente junio de 2003 y junio de 2004) frente a la estrategia publicitaria de los competidores mucho más continua y, por tanto con efectos más duraderos, lo que también se observa en la figura 4.3 del informe pericial aportado por la demandada (página 43).

Además, el informe pericial de la demandante parte para calcular el número de llamadas dejadas de recibir por la actora, que cuantifica entre 10.719.589 y 10.411.799 (página 60 del informe) para el período abril 2003-octubre 2004, de una disminución total del número de llamadas a los servicios de información telefónica de un 10%, disminución que aplica de forma proporcional mes a mes. Sin embargo no cabe admitir que ése sea el porcentaje en que se ha reducido este mercado.

Efectivamente, si bien es cierto que el volumen total de llamadas a los servicios de información telefónica sobre números de abonado en el año 2003 ascendió a 127.260.000 (página 93 del informe anual de la CMT aportado como documento nº 15 de la demanda) dicho volumen disminuyó hasta 99.690.000 en el año 2004, tal y como consta en el documento aportado por la demandada en el acto del juicio, correspondiente a informe anual de la CMT. Es decir, que la disminución del mercado en dicho período no ha sido de un 10% sino del 21,66%, por lo que, en ningún caso cabría admitir el número de llamadas cuantificado en el informe como llamadas dejadas de recibir por la demandante.

La falta de robustez de las conclusiones del informe de la actora, no obstante la manifestación en contrario que contiene el propio informe en su página 61, se comprende si tenemos en cuenta que, en definitiva, en dicho informe se sostiene que por la mala calidad de los datos, la demandante perdió nada menos que el 45 % de las llamadas que podía haber recibido si los datos facilitados por la demandada hubieran sido los



exigidos legalmente, en tanto que en el año 2003 (abril-diciembre) la demandante recibió un total de 6.020.000 llamadas (668.889 llamadas mensuales como media), según consta la página 93 del informe anual de la CMT (documento nº 15 de la demanda) y debió recibir un total de 1.216.878 llamadas mensuales, también como media (668.889 + 547.989, que se obtiene dividiendo el número de llamadas perdidas por la actora, 10.411.799, según el criterio de cálculo por el que ha optado la demandante para fijar el lucro cesante, modelo multiplicativo, entre 19, por ser ése el período en meses sobre el que se calcula la pérdida de llamadas).

Por último, debe tenerse en cuenta que si bien es cierto que los datos facilitados por la demandada era incompletos y defectuosos, no lo es menos, que la demandante acudió desde un primer momento a fuentes de información alternativa como el sistema E.115, como consta en las propias facturas acompañadas como anexo A1 al informe pericial aportado por la demandante, por lo que la cuota de mercado obtenida por la actora no puede entenderse disminuida por la mala calidad u omisiones de los datos facilitados por la demandada que, además, se la condena a indemnizar el coste que supuso a la demandante acudir a esas fuentes alternativas.

En conclusión, no se han acreditado los perjuicios alegados por la demandante y menos aún su concreta cuantía.

NOVENO.- Conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no procede efectuar especial pronunciamiento respecto de las costas procesales.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

## FALLO

Que estimando como estimo parcialmente la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales don Isidro Orquín Cedenilla en nombre y representación de la entidad "**CONDUIT** EUROPE, S.A." contra la mercantil "TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U." representada por la Procuradora doña Carmen Ortiz Cornago, debo condenar y condeno a la demandada a que indemnice a la actora con la cantidad de SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL TRES EUROS (639.003 euros), mas el importe que se acredite en ejecución de sentencia, conforme a los criterios y bases establecidas en el apartado A) 4. del octavo fundamento de derecho de esta resolución, desestimando en lo demás la demanda, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento respecto de las costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes, previniéndolas que contra la misma cabe interponer recurso de apelación, del que conocerá la Ilma. Audiencia Provincial de Madrid, que se preparará por escrito que deberá presentarse en este Juzgado, en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación, citando la resolución apelada y manifestando su voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que se impugnan.

En aplicación del artículo 15.2 del Reglamento 1/2003, de la Disposición Adicional Única de la Ley de Defensa de la Competencia y del artículo 8.2 del Real Decreto de 10 de diciembre de 2004 , remítase al Servicio de Defensa de la Competencia copia de esta resolución, al tiempo de notificarse a las partes.

Así por esta mi sentencia, de la que se deducirá testimonio que se llevará a los autos originales, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, doy fe.