



Roj: **SAP M 6773/2006 - ECLI: ES:APM:2006:6773**

Id Cendoj: **28079370282006100027**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **25/05/2006**

Nº de Recurso: **170/2006**

Nº de Resolución: **73/2006**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **GREGORIO PLAZA GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 28

MADRID

SENTENCIA: 00073/2006

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 28ª

Rollo: RECURSO DE APELACION 170 /2006

Materia: Otras Materias.

Organo Judicial de origen: Juzgado Mercantil Nº 5 de Madrid

Autos de Origen: 36/2005 Procedimiento Ordinario.

Parte Recurrente: Conduit Europe, S.A.

Parte Recurrida: Telefonica, Sociedad Operadora de Servicios de Telecomunicaciones en España, S.A.

### **SENTENCIA N° 73**

En MADRID , a veinticinco de mayo de dos mil seis .

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Enrique García García, D. Rafael Sarazá Jimena y D. Gregorio Plaza González, los presentes autos de Juicio Ordinario tramitados con el núm. 36/2005 por el Juzgado de lo Mercantil nº Cinco de Madrid, en virtud de demanda interpuesta por CONDUIT EUROPE, S.A. contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA S.A.U., pendientes en esta instancia al haber apelado las partes la Sentencia que dictó el referido Juzgado el día 11 de noviembre de dos mil cinco.

Han comparecido en esta alzada la demandante, representada por el Procurador de los Tribunales D. Isidro Orquín Cedenilla y asistida por los Letrados D. Álvaro Mendiola Jiménez y D. Paul Hitchings y la demandada, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª Carmen Ortiz Cornago y asistida por el Letrado D. José María Delgado Cobos.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: " 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 Dª 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), más 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."

SEGUNDO. Contra la anterior Sentencia interpusieron recurso de apelación ambas partes y formalizados los respectivos escritos de oposición, se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial, turnándose a la Sección Vigésimo Octava, ante la que se siguieron los trámites legales, señalándose la deliberación, votación y fallo el día veinticinco de mayo de dos mil seis.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Gregorio Plaza González.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. A través de la demanda interpuesta por CONDUIT EUROPE, S.A. (en adelante CONDUIT) contra TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. (en adelante TESAU) se ejercita la acción de indemnización de daños y perjuicios prevista en el art. 18.5 LCD en relación al artículo 15.2 de dicha Ley, sin acumular el ejercicio de acciones declarativas tanto de la deslealtad como del abuso de posición dominante. La sentencia dictada en primera instancia estima parcialmente la demanda y condena a la demandada a que indemnice a la actora en la cantidad de seiscientos treinta y nueve mil tres euros, más 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 la resolución, sin efectuar expresa imposición de costas.

SEGUNDO. Frente a dicha sentencia se alza la parte demandante CONDUIT, alegando los motivos que se exponen a continuación. Previamente es necesario destacar que debe realizarse un esfuerzo por concretar los extremos objeto de impugnación, a fin de evitar que las alegaciones se conviertan en un totum revolutum, de manera que son absolutamente prescindibles las observaciones realizadas en las alegaciones previas. El proceso no puede convertirse en una causa general sobre la conducta de la demandada a lo largo de los años, y mucho menos en el ámbito de la Competencia Desleal, que requiere precisar las conductas que pretenden tipificarse en uno de los supuestos concretos que establece la Ley de Competencia Desleal. La sentencia recurrida realiza un notable esfuerzo en este aspecto, refiriéndose en primer lugar al período que transcurre desde finales de diciembre de 2000 hasta la entrada en vigor de la Orden 711/02 (5 de abril de 2002), al que dedica el fundamento de derecho tercero. En la impugnación de este fundamento sostiene la demandante que CONDUIT era un operador con título habilitante al menos en Irlanda y, por otro lado, que se penaliza a CONDUIT negándole un lucro cesante existente y cierto cuando la demandada le negó la posibilidad de acceder a sus datos. Debe destacarse que el pronunciamiento se basa en que se considera justificada la negativa a negociar y ello no solo porque la demandada careciera de título habilitante, sino porque tampoco la demandante 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 obedecer más a la decisión empresarial de la actora que a la simple comunicación de la demandada para que acreditase disponer del exigible título habilitante.

Por cuanto se refiere al título habilitante, la demandante, como se señala en la demanda, solicitó el reconocimiento formal de sus derechos como prestador de servicios, que le fue concedido el 16 de mayo de 2002 (documento nº 26 de la demanda) y no parece por lo tanto que tal concesión fuera irrelevante para el ejercicio de su actividad. Se le asignó por otra parte un código (11850) mediante resolución de 22 de julio de 2002 (documento nº 27 de la demanda) y fue autorizada para acceder a las bases de datos entregadas a la CMT mediante resolución de 17 de octubre de 2002. Es de otro lado especialmente destacable que tras las comunicaciones con TESAU, CONDUIT "decidió no insistir en sus argumentos legales habida cuenta de la posición de Telefónica y posponer su entrada en el mercado español mientras se elaboraban las condiciones de la nueva Orden Ministerial". No es posible sobre esta base atribuir ningún tipo de daños a TESAU en este período, porque fue exclusiva decisión de la demandante posponer su entrada en el mercado español (fueran los motivos que fueran), a pesar de que, de ser otra su voluntad, tenía en su mano remover cualquier obstáculo. Esta decisión es un hecho relevante que impide conectar la actuación de TESAU con cualquier daño.

TERCERO. En la impugnación del Fundamento Jurídico Quinto la apelante viene nuevamente a realizar una especie de preámbulo sobre los factores que entiende deben ser considerados relevantes, sin que pueda admitirse tal grado de abstracción sobre los extremos concretos de la resolución que posteriormente menciona. No puede admitirse que se sustituya la valoración judicial por la valoración parcial e interesada de la parte y menos sobre los aspectos genéricos que la demandante entiende relevantes.

Por cuanto se refiere a la afirmación contenida en el primer párrafo de la página 23 de la sentencia, la apelante se basa para discrepar de la conclusión obtenida en un párrafo de la Resolución de 6 de Marzo de 2003 que en absoluto desvirtúa el pormenorizado análisis que realiza la sentencia sobre dicha resolución para extraer sus



conclusiones. Así, parte la sentencia de que CONDUIT notificó a TESAU su solicitud de apertura del número 11850 para la prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado el 31 de enero de 2003. Que el 5 de febrero de 2003 TESAU comunica a CONDUIT un borrador de Addendum para acceso especial a numeración 118 en el que incluía la prestación por parte de TESAU de los servicios de acceso especial, servicio soporte telefónico y servicio de gestión de facturación y cobro. Que tras la recepción del borrador el 6 de febrero de 2003 CONDUIT solicitó una copia del contrato que se le remite el día 12 de febrero. Que el 10 de febrero CONDUIT envió por fax a TESAU una solicitud para el acceso al número 11850 estuviera implementado desde su red en condiciones no discriminatorias y a solicitud de TESAU expuso lo que consideraba condiciones no discriminatorias.

Lo que concluye la sentencia de manera absolutamente lógica y racional, a tenor de los hechos expuestos, es que el acceso a la red pública fija del operador dominante por parte de la actora, titular de una autorización de tipo D, podría efectuarse mediante la contratación de un acceso especial con dicha operadora o bien mediante un acceso especial contratado con un operador alternativo a TESAU, siendo aquel titular de una licencia individual tipo A o B. La sentencia recurrida destaca en este punto que en esa fecha la actora no tenía decidida la vía de acceso y lo hace sobre la propia petición de medidas cautelares, reflejada en los antecedentes de hecho, de manera que la conclusión obtenida resulta plenamente acertada.

CUARTO. Un segundo aspecto del recurso se centra en el hecho de que no es cierto que no existiera una norma que requiriese la prestación por TESAU del servicio de interconexión que exige la CMT en su Resolución de 6 de marzo de 2003 o que el art. 82 TCE no exigiera que TESAU ofreciera ese servicio sin necesidad de intervención del regulador. Nuevamente se vienen a entresacar párrafos de la citada Resolución sin considerar aquello en lo que la sentencia fundamenta sus conclusiones, para sostener que TESAU se estaba negando a proporcionar condiciones no discriminatorias para el acceso al servicio. Nadie duda de las competencias de la CMT, o de que su intervención tienda a adoptar medidas que faciliten el acceso al mercado de los operadores entrantes fomentando un mercado en competencia o intente evitar que se planteen obstáculos, y en ello base sus resoluciones. Lo que debe rechazarse es que en un proceso de liberalización que no solo precisa un desarrollo normativo, sino que tal desarrollo no alcanza a muy diversos aspectos, cualquier intervención de la CMT en este contexto suponga que ya nos encontramos ante una actuación ilícita. Naturalmente que la CMT va a resolver cualquier cuestión basándose en la necesidad de promover la competencia, pero esto no presupone el ilícito sobre bases tan poco definidas, debe examinarse el supuesto concreto. Llegar a tal grado de abstracción que determine que cualquier obligación impuesta por el Regulador representa una violación previa del art. 82 TCE resulta igualmente inaceptable. Lo que hace el recurso en esta cuestión es desviarse de los argumentos utilizados por el Ilmo. Sr. Magistrado a quo para sustituirlos e introducir sus propias valoraciones. Conviene recordar por ello que la Sentencia apelada observa que 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 a los titulares de licencia individual tipo A o B. La Sentencia reproduce extensamente la Resolución y sienta unas conclusiones absolutamente lógicas que deben ser reproducidas: 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 por 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 TESAU (OIR) este servicio, ni tampoco en la Orden 711/2002, 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 TESAU debe ofrecer el Servicio de Interconexión de números cortos del rango 118AB para el acceso desde la red de TESAU 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 TESAU 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 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 solo 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).



No es procedente eludir estas conclusiones que se extraen del examen de la Resolución, porque ello evidencia que se está colmando el vacío normativo fijando determinadas condiciones que faciliten el acceso a la red del operador dominante. Por ello concluye la sentencia, tal y como señalamos anteriormente, que el hecho de que la CMT dicte una resolución con tal objeto ante la falta de previsión normativa no significa que el operador dominante esté abusando de su posición. Esta circunstancia conduce a desestimar el motivo alegado, al margen de que en relación al supuesto retraso lo que establece la sentencia recurrida es que se rechaza que pueda apreciarse una estrategia de denegar el acceso a su red en condiciones no discriminatorias y lo hace valorando la actuación de TESAU y la decisión de la demandante, de manera que no puede identificarse sin más cualquier incumplimiento con una actuación en abuso de su posición dominante.

QUINTO. Por cuanto se refiere a la "abusiva campaña de información para migrar los usuarios del servicio 1003 al servicio 11818 de Telefónica" deben reproducirse alguna de las consideraciones ya expuestas. No puede prescindirse de las circunstancias del caso concreto y pretender que la actividad reguladora de la CMT supone que directamente nos encontramos ante un ilícito. Con igual abstracción del caso concreto tampoco puede aludirse sin más a la jurisprudencia que impide al operador extender su dominio a un mercado conexo, que nadie discute, o equiparar esos hechos a que el operador se niegue a insertar encartes publicitarios de servicios que compiten con él.

Lo que recoge la sentencia es 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. No podemos obviar que lo que solicitó la demandante de la CMT era el cese de la reproducción de dicho mensaje y que se iniciara un estudio urgente de las medidas transitorias necesarias para asegurar la transición efectiva al régimen de competencia en ese 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. Pues bien, la Resolución de 13 de marzo de 2003 se limitó 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 a que se refiere la misma. El recurso se aparta de las circunstancias concretas que examina la sentencia. En ella se hace referencia a lo que indica la propia Resolución, es decir, la presencia de un vacío normativo en tanto que la Orden 711/2002 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. Nuevamente debemos señalar que nos encontramos ante un proceso de liberalización con muy diversas cuestiones carentes de adecuado desarrollo y una fase de transición que como es lógico genera incertidumbres que en el ámbito de sus competencias son resueltas por la CMT. Esto no supone que de esa intervención derive sin más la apreciación de ilícitos, como se pretende, al amparo de que las normas generales ya determinan un concreto modo de actuación del operador y equiparando supuestos que no guardan relación con el presente. Lo que considera imprescindible la CMT es que a partir del 4 de abril de 2003 se establezca un sistema de información neutral para evitar reforzar la posición de dominio de Telefónica en el mercado de servicios de consulta y con el fin de equilibrar las condiciones de competencia en el mercado. A tal efecto, lo que hace la CMT es fijar unas condiciones para la información a partir del 4 de abril de 2003 y ni siquiera ordena el cese inmediato solicitado por el hoy demandante, regulando lo que denomina período transitorio, a partir de la citada fecha y tras la desaparición del 1003. No se aprecia en consecuencia, y coincidimos con la sentencia, que la situación expuesta comportase abuso alguno por parte de la demandada.

En lo que a los supuestos de cross-marketing se refiere, el recurso elude los fundamentos de la sentencia. Como señala ésta, no puede tampoco en este caso afirmarse la infracción de una normativa sectorial inexistente y no existe obligación alguna de que la demandada tenga que informar gratuitamente de los números de sus competidores en las facturas que gira a sus propios abonados.

Por lo que respecta a las "Páginas Blancas" lo que resuelve la CMT a instancia de un tercero es la petición de que se incluyeran los números de los distintos servicios de consulta en la guía telefónica y se prohibiera la publicidad exclusiva o resaltada del número 11818 en la portada. La CMT fijó las condiciones en que debían acceder los nuevos números 118AB en las nuevas ediciones de la guía telefónica (2003/2004) ante la apertura de la competencia en los servicios de directorio y siempre previa petición del operador y, como señala la sentencia dictada en la primera instancia, ni consta tal previa petición de la demandante, ni infracción alguna de lo acordado.

En lo que se refiere al coste abusivo del carrusel el aspecto sustancial de la resolución parte de considerar que se trae a los autos de nuevo una cuestión ajena a la petición de daños y perjuicios, que no se infringe norma sectorial alguna y no se aprecia abuso de posición de dominio. Tampoco puede admitirse que la "responsabilidad manifiesta" de Telefónica frente a Conduit se considere con ligereza o minimice, en primer



lugar porque la sentencia analiza con detalle los hechos relacionados con este tipo de información y, en segundo lugar, porque la pretensión indemnizatoria no puede convertirse en una causa general contra la demandada.

SEXTO. Se extiende a continuación el recurso en el incumplimiento de la obligación de aportar información actualizada de los abonados, señalando en primer lugar que no es cierto, como parece afirmar el juez a quo que CONDUIT no tenía derecho a acceder a la base de datos antes de la Resolución de 17 de octubre de 2002. Sin embargo lo que textualmente señala la sentencia es lo siguiente: ". 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 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." Pues bien, a través del recurso lo que se hace no es relacionar una conducta con la pretensión indemnizatoria, sino nuevamente hacer referencia general al comportamiento de TESAU. Por otra parte hay que reiterar que la puesta a disposición de los datos depende de la Resolución de la CMT, que estima la solicitud y fija los términos en que se va a satisfacer el derecho de la instante.

Las observaciones del recurso en relación a los datos defectuosos resultan irrelevantes, porque lo que se pretende es alcanzar las mismas conclusiones a las que llega la sentencia sobre la propia valoración de la parte que viene a sustituir la que efectúa el Ilmo. Sr. Magistrado. Constatados determinados hechos resulta innecesario extenderse en otros elementos de prueba añadidos, y lo que hace la sentencia es constatar que la propia demandada admitió que no facilitó a la CMT ni a la demandante los números de red inteligente hasta julio de 2003. Pero es que además el conjunto de deficiencias fue advertido en su momento en un informe elaborado por los propios Servicios de la CMT (documento nº 49 de la demanda) y esas deficiencias motivaron la adopción de determinadas medidas cautelares en virtud de la Resolución de 26 de junio de 2003 (documento nº 7 de la demanda), considerando que estas circunstancias acreditan suficientemente los hechos a los que se refiere, es decir la entrega de datos defectuosos o incompletos, conclusión perfectamente razonada.

SÉPTIMO. En el apartado cuarto de sus alegaciones el recurso impugna el Fundamento Jurídico Séptimo de la Sentencia, relativo a la prestación ilícita de un servicio de información a través del 098 y al ataque abusivo a la campaña publicitaria de CONDUIT. La impugnación va referida al intento de TESAU de paralizar la campaña de publicidad del servicio 11850. A este respecto debe señalarse que una cosa es la valoración errónea y otra bien distinta sustituir la valoración judicial por la propia. La sentencia tiene especialmente en cuenta dos aspectos. El primero es la incidencia de este hecho en la pretensión indemnizatoria. El segundo, por el contrario de lo que se manifiesta en el recurso, valora precisamente si nos encontramos ante una actuación abusiva. Cuestión distinta es que se efectúe la valoración tal y como interese al recurrente. Efectivamente no consta que se solicite indemnización alguna por este concepto, de manera que difícilmente, atendiendo a la pretensión ejercitada, puede convertirse el procedimiento en una relación de hechos al margen de su conexión directa con la pretensión, a modo de memorial de agravios. Por otra parte la sentencia razona debidamente el motivo por el que no aprecia el abuso, resultando que no prosperó la solicitud por la falta del requisito procesal del previo requerimiento. El que hubiera concurrido cualquier defecto no conduce sin más a apreciar que el ejercicio de un derecho como el de interponer cualesquiera acciones sea malicioso, es más, se apreciaría alguna contumacia o reiteración en tal actuación, o también podría determinarse de un conjunto de actuaciones judiciales. El recurso nuevamente efectúa observaciones generales al pretender extraer la mala fe de "una larga estrategia de actuaciones" lo que convierte la necesaria acreditación de este hecho en meras apreciaciones subjetivas que se introducen a modo de petición de principio. Ni se aprecia que el ejercicio del derecho resulte abusivo atendiendo a las circunstancias concretas del caso, que hubieran mostrado una actitud contumaz aquí inexistente, ni se aprecia que tal actuación forme parte de ninguna estrategia preconcebida.

OCTAVO. La alegación quinta del recurso se refiere a la impugnación del fundamento jurídico octavo sobre la cuantificación de los daños. Para ello nuevamente se efectúan observaciones preliminares a modo de preámbulo sobre el obstáculo que supuso la mala calidad de los datos, las medidas adoptadas por CONDUIT y su estrategia para entrar en el mercado español. Lo cierto es que a pesar de que los poderes del órgano revisor no están limitados, la apelación debe verificar el acierto o desacierto de lo decidido en el proceso originario, comprobación del resultado realizada mediante una revisio prioris instantiae, de manera que debemos centrarnos en el concreto contenido de los pronunciamientos, evitando valoraciones a modo de preámbulo, como vemos con frecuencia farragosas y reiterativas.

En cuanto se refiere al daño emergente, el primer aspecto en el que se concreta el recurso es en el incremento de coste de operación de los centros de atención de llamadas. Esta cuestión se corresponde con el apartado



segundo del daño emergente examinado en la demanda. Parte el recurso por reconocer que los mayores tiempos de respuesta en determinados casos aumentaron los ingresos de CONDUIT. La sentencia al respecto destaca que no se pueden compartir las conclusiones de los peritos por no tener en cuenta esta circunstancia. Sin embargo la demandante considera que puede corregirse esta omisión, consideración que no es posible aceptar puesto que en realidad supone completar el informe pericial en fase de apelación. No se trata de una mera o simple reducción aritmética o de la exclusión de una partida o un concepto indemnizatorio, sino que implica introducir un nuevo criterio de valoración del daño por la demandante a través del escrito de interposición del recurso. Esta circunstancia es en sí misma relevante para rechazar la impugnación en lo que nos ocupa. La pretendida cuantificación no se puede admitir cuando hay factores relevantes que se omiten. No obstante debe destacarse que el argumento utilizado adicionalmente por la sentencia resulta plenamente coherente, puesto que lo que destaca es que en los tiempos de respuesta inciden múltiples factores y no se puede determinar la medida en que uno de ellos (la mala calidad de los datos) incide en los resultados obtenidos. Si es indudable que existen muy diversos factores no podemos presumir que el incremento en el tiempo medio de respuesta procede sin más de aquel hecho, porque falta un enlace preciso y directo entre uno y otro. La demandante puede considerar que las operaciones que se realizan para prestar servicios son simples o que tiene justificación la diferencia entre tiempos de respuesta entre Dublín y Madrid, pero esto no desvirtúa la conclusión a la que llega la sentencia, como es que no se acredita de manera precisa la relación y proporción entre la mala calidad de los datos y los tiempos de respuesta.

NOVENO. En el apartado relativo a la defensa de los derechos de la demandante el recurso se limita a sustituir las valoraciones que se efectúan en la sentencia por las propias, debiendo reiterarse las conclusiones al respecto que se alcanzan en la resolución.

El aspecto en el que se centra especialmente el recurso en relación al Fundamento Jurídico Octavo de la sentencia de primera instancia es el que corresponde al lucro cesante. Lo primero que debemos rechazar son las propias bases sobre las que se asienta el recurso, como es el hecho de que el Ilmo. Sr. Magistrado aprecie la existencia de daños pero no determine ninguna indemnización en lo que se refiere a los mismos. Al margen de que una cosa no presuponga necesariamente la otra, lo cierto es que lo que aprecia la Sentencia es el incumplimiento de determinadas obligaciones de la demandada relacionados con la calidad de los datos. Esto no es el daño. El daño lo representa la alegada pérdida de cuota de mercado, relación que debe ser convenientemente acreditada. A partir de esto deberíamos examinar su cuantificación, que también debe acreditarse. Como puede comprobarse el recurso parte de identificar el ilícito, o el incumplimiento, con el daño y sobre esta base considera que la sentencia no indemniza unos daños que ha constatado. No es así.

En lo que asienta la sentencia recurrida sus conclusiones es realmente en la falta de certeza sobre la necesaria acreditación del lucro cesante y lo hace sosteniendo una correcta valoración de los elementos de prueba, sobre criterios absolutamente razonados y razonables.

Es necesario previamente recordar que el mero incumplimiento de cualquier obligación, o la existencia de cualquier clase de ilícito, no genera por sí la obligación de indemnizar. Es precisa una prueba concreta y completa de los hechos que sin incertidumbre demuestren la realidad de la ganancia frustrada y la relación de causa a efecto, para lo cual no obstante puede tomarse en consideración una cierta probabilidad en el curso normal de las circunstancias del caso, punto de vista objetivo que obliga a realizar una interpretación restrictiva, debiendo excluirse lo basado en deducciones inseguras o desprovistas de certidumbre.

Esto es así en materia de responsabilidad en general, y también lo es en sede de competencia desleal, en cuanto el ejercicio de la acción de indemnización de daños y perjuicios causados por los actos de competencia desleal, conforme al art. 18.5 LCD, requiere necesariamente acreditar la existencia de los daños y la cuantía de los mismos ( STS de 23 de mayo de 2005, entre otras).

No se trata por lo tanto de determinar la cuantificación del daño, sino de apreciar si consta debidamente acreditado que la producción del daño deriva del ilícito o del incumplimiento que se atribuye a la demandada. A este respecto el informe pericial presentado por la parte demandada introduce notables incertidumbres. En primer lugar no cabe una descalificación genérica del mismo porque considere que los prestadores de servicios utilizan los mismos datos, porque este es un aspecto incidental del informe, que en todo caso se relacionaría con el incumplimiento de TESAU, pero no impide apreciar las circunstancias que puedan ser relevantes en relación a la cuota de mercado. Precisamente sobre el incumplimiento pretende introducir la idea de que no conviene a los intereses del monopolista obstaculizar la actividad de los competidores cuando concurren determinadas circunstancias. Es esta una argumentación excesivamente abstracta, que en cualquier caso no afecta a lo que nos ocupa, sino a la existencia o inexistencia del ilícito. Lo verdaderamente relevante son las observaciones sobre los elementos que inciden en la cuota de mercado. No debe desdeñarse el hecho de que las diferencias entre el mercado británico y el español son significativas, por lo que no parece admisible que se utilice como referencia para el cálculo de la cuota de mercado que debería tener la



demandante. Estas diferencias se desarrollan en el apartado 4.2 del citado informe, realizándose objeciones también al análisis del estudio estadístico efectuado en el informe de la actora. La sentencia no obstante toma como factor decisivo en la cuota de mercado el nivel de inversión publicitaria. El informe aportado por la demandada considera que el elemento diferenciador en cuanto a la evolución de la cuota de mercado de los distintos operadores se debe principalmente al gasto destinado en publicidad. Los argumentos que utiliza para obtener esta conclusión resultan fácilmente entendibles y son coherentes y razonables. Citando un informe de la National Audit Office afirma que los consumidores son poco sensibles a la influencia del precio, puesto que al suponer sus consultas sobre información de abonados un mínimo gasto anual no tienen incentivos importantes para buscar el precio más bajo. También debe tenerse en cuenta la facilidad de recuerdo del número, pues los números que se recuerdan fácilmente poseen una ventaja frente al resto de participantes en términos de competencia. Destaca también el informe el efecto de la publicidad de las empresas rivales, puesto que el uso de la publicidad por éstas representa un efecto negativo que debe ser compensado utilizando también la publicidad. El informe fundamenta el hecho de que la principal variable que determina la utilización del servicio de información telefónica es la publicidad, es decir, los usuarios utilizan el servicio del que han recibido un impacto publicitario más reciente. También se advierte que hay que tener en cuenta que el mercado de este tipo de servicios está disminuyendo por la aparición de productos alternativos (Internet).

El informe, al margen de analizar los precios, recoge la relación entre publicidad y cuota de mercado a través de una serie de gráficos correspondientes a cada competidor, en los que se aprecia con claridad una absoluta relación, de manera que cuando aumenta el gasto en publicidad se produce un aumento en la cuota de mercado, también como es obvio en lo que se refiere a CONDUIT.

Como señala la sentencia recurrida este es un factor decisivo en la cuota de mercado, de manera que no podemos afirmar que se haya producido error alguno en la valoración de la prueba. Lo que se concreta en el informe de la demandada es la relación precisa que tiene la publicidad con la cuota de mercado en el mercado español, y lo hace como hemos visto con absoluta claridad.

Este es un elemento que no es ya que cree incertidumbre sobre la relación del ilícito imputado con el daño, sino que incluso lo desvirtúa. No se trata por lo tanto de una cuestión de cuantificación de daños, como interesadamente pretende el recurso.

Otro factor de incertidumbre lo genera el denominado capital humano. El informe de la demandada también hace referencia a este aspecto (pg. 29), destacando la trascendencia de la formación y rotación del personal, y que antes de la liberalización CONDUIT había prestado servicios outsourcing a otros operadores de telefonía, lo que le permitía tener un mejor conocimiento del funcionamiento del mercado británico, mientras que para ella el mercado español era completamente nuevo. La sentencia destaca este aspecto en relación a la declaración del representante legal de la actora y que el call center de Dublín desde el que se prestaba el servicio disponía de empleados españoles sin ninguna experiencia previa, como tampoco la tenían los empleados de la entidad subcontratada GSS, S.L., citando la declaración del testigo Sr. Pedro Antonio . Añade que la ubicación del call center en Dublín no se debía a ninguna incertidumbre creada por la demandada sino a una decisión empresarial de la demandante, según confirmó su representante legal.

Como conclusión de lo expuesto podemos afirmar que los extremos que se recogen en la sentencia de primera instancia y los que se han expuesto impiden tener por acreditado que el daño consistente en la pérdida de cuota de mercado provenga del incumplimiento relativo a la cesión de datos. Se genera por lo tanto una duda razonable (y más que dudas, se llega a desvirtuar la conexión, como se indicó) sobre el presupuesto referido a la acción indemnizatoria en el ámbito del lucro cesante, que no admite deducciones inseguras o carentes de la necesaria certeza.

Por último, debe reiterarse que las cuestiones expuestas no suponen que se reconozca un daño, como se ha señalado, puesto que el recurso acaba conformando un totum revolutum entre el incumplimiento o ilícito, el daño, la relación entre ambos y la cuantificación, y sobre esta apreciación considera que no se le satisface una indemnización. Lo que se observa del examen de la sentencia es que no se puede atribuir el supuesto daño al incumplimiento, porque existen diversos factores, alguno esencial, que impiden establecer una conexión cierta, carente de dudas o inseguridades, entre el ilícito y las ganancias frustradas. Por ello, como ya se advirtió, no puede admitirse el propio fundamento en el que en este aspecto se basa el recurso, ni en consecuencia las alegaciones que directamente se centran en la cuantificación del daño, que es una cuestión distinta de la que se ha expuesto. La sentencia, por el contrario de lo que se afirma, resulta plenamente congruente, y así concluye su Fundamento Jurídico Octavo señalando que la cuota de mercado de la actora no puede entenderse disminuida por la mala calidad u omisiones de los datos facilitados por la demandada. Precisamente lo que se estima como daño a indemnizar son parte de los costes reclamados que se derivaron de la mala calidad de los datos.



Visto lo expuesto, el recurso interpuesto por CONDUIT debe ser desestimado.

DÉCIMO. Sobre el recurso de apelación interpuesto por TESAU.

Parte el recurso por exponer una serie de antecedentes, pronunciamientos de la sentencia y resumen del recurso que resultan prescindibles, por lo que hemos de centrarnos en los motivos concretos en los que se funda la impugnación.

Plantea el recurso un primer motivo que consiste en la imposibilidad de sostener la existencia de ningún daño ("a un operador que inicia sus actividades como los demás operadores en la fecha prevista y alcanza en pocos meses la segunda posición en términos de cuota de mercado") y en todo caso de existencia de nexo causal. Para sostener este extremo se refiere el recurso a que la demandante no ha visto obstaculizada su capacidad de operar en el mercado, alcanzando el segundo lugar en cuota de mercado. No se alcanza a comprender qué relación tienen estas alegaciones con la sentencia, porque ésta no considera como daño ninguna "obstaculización", que por otra parte más se trata de un ilícito que de un daño. Los daños que aprecia la sentencia de primera instancia se refieren a los costes directos relativos a la subsanación de datos y costes de servicios jurídicos. Esta circunstancia basta por sí sola para desestimar el motivo, que se introduce a continuación en consideraciones generales igualmente farragosas y reiterativas que tampoco guardan relación con el daño apreciado en la sentencia y el hecho concreto del que deriva.

UNDÉCIMO. El segundo de los motivos alegados por la parte demandada se funda en la inexistencia de un comportamiento antijurídico y como acto de competencia desleal por infracción de norma de competencia.

El primero de los apartados de este motivo se refiere al suministro de datos defectuosos y la valoración de la prueba sobre este hecho. El recurso parte de reiterar las apreciaciones que se recogen en el informe pericial aportado a este respecto por la demandada, de un lado, y en rechazar la prueba relacionada con la CMT. En este aspecto deben reiterarse las apreciaciones realizadas en la sentencia dictada en primera instancia, porque fundamentalmente nos encontramos ante informes contradictorios, que no conducen a extraer por sí mismos conclusión alguna. No se trata de efectuar un análisis de los aspectos técnicos en los que los peritos basan sus conclusiones, que sucesivamente dan lugar a alegaciones y contra-alegaciones de las partes de las que se sigue sin obtener conclusión alguna. Además, cualquier aspecto técnico es algo en lo que el perito basa sus conclusiones y a lo que, como es obvio, no alcanzan los conocimientos del tribunal. Obsérvese que las partes acaban a su vez introduciendo consideraciones propias sobre los referidos aspectos técnicos, con lo que al final parece que sería necesaria la "pericial de la pericial". Evidentemente no es este el modo en que debe valorarse la prueba. También debe rechazarse que la relación del perito con la parte no sea una circunstancia que obliga a mantener necesarias reservas sobre sus apreciaciones. El Ilmo. Sr. Magistrado a quo tiene en cuenta esta circunstancia, y lo hace correctamente.

Nos encontramos ante la necesidad de apreciar lo ocurrido en relación a unos hechos que se remontan a 2003, de manera que es relevante valorar las resoluciones dictadas por la CMT, como entidad pública encargada de la vigilancia del mercado de las telecomunicaciones. La relevancia no solo se basa en que sus actuaciones constatan lo ocurrido en esas fechas, sino que dicha constatación no se efectúa por aproximación, sino sobre los mismos hechos a los que se refieren las presentes actuaciones. Se trata además de una entidad independiente y especialmente autorizada en la materia. Estos motivos hacen que el tribunal también entienda que su intervención es especialmente relevante para obtener alguna conclusión sobre los hechos en cuestión. En consecuencia la sentencia valora correctamente la prueba y entra a analizar el alcance y contenido de las resoluciones. Bien es cierto, como señala la actora en su escrito de oposición, que además se relaciona con este medio de prueba, especialmente, la declaración de D. Donato , que tenía un conocimiento directo de los hechos y, por supuesto, la prueba pericial.

La sentencia dictada en la primera instancia examina ampliamente las dos resoluciones a las que nos referimos, una primera por la que se adoptaron medidas cautelares de 26 de junio de 2003 y otra resolución definitiva de 13 de noviembre de 2003 y las conclusiones que extrae en relación a los hechos son perfectamente racionales y lógicas.

DUODÉCIMO. Se basa el segundo apartado del motivo examinado en la incorrecta calificación jurídica de los hechos con arreglo a la vulneración invocada del art. 15.2 de la Ley de Competencia Desleal.

Se establece en dicho precepto que tiene la consideración de desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial. El objetivo que con ello se persigue no es garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico en su conjunto sino asegurar el respeto a la par conditio concurrentium y, en consecuencia, evitar que se altere la estructura o funcionamiento competitivo del mercado. La diferencia en relación al apartado primero estriba en que el mismo acoge conductas infractoras de normas que no tienen por objeto regular la actividad concurrencial. En este otro supuesto la conducta





tiene condicionada la calificación como desleal al hecho de que la infracción permita obtener una ventaja competitiva que sea significativa y el infractor se prevalga de ella. En el primer caso por el contrario se presume desleal la infracción.

Por cuanto se refiere a la norma infringida la sentencia de primera instancia considera vulnerada la Orden 711/2002 y el desarrollo efectuado por la Resolución de la CMT de 17 de octubre de 2002. Hay que destacar al respecto que una cosa son las obligaciones en relación a la entrega de datos y otra la actuación de la CMT en casos concretos en los que debe velar por el cumplimiento de las obligaciones que se imponen a cualquier operador. Parece indudable que son las normas sectoriales las que establecen la obligación de la cesión y esas normas se completan y especifican por la CMT en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. Tanto esas normas como las propias decisiones adoptadas por la CMT en su aplicación pueden incluirse en el concepto de norma que emplea el apartado segundo del art. 15 LCD. Otra cosa es que además la CMT haya adoptado en el caso que nos ocupa resoluciones concretas que aprecien que en un supuesto determinado TESAU ha facilitado datos incompletos o de baja calidad. Por lo tanto la identificación que se efectúa en la sentencia de la norma infringida resulta correcta, porque la infracción se refiere a las obligaciones impuestas por las normas sectoriales y a su desarrollo aplicativo por la CMT en el ejercicio de sus funciones propias. Hay que destacar también que lo relevante es el contenido de la norma y no su forma, a los efectos de aplicar este precepto, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de junio de 2000, y la amplitud que se ha otorgado a este concepto. De hecho, en esta última resolución no se pone en cuestión que tengan el carácter de norma a estos efectos los acuerdos de órganos de los Colegios Profesionales (lo que se rechazó es que la disposición corporativa tuviera por objeto la regulación de la actividad concurrencial). Otro tanto sucede en el caso contemplado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 1999, referida al acuerdo de un gremio de librerías.

Hemos de destacar además que no existe duda en cuanto al objeto de las normas en cuestión, pues es evidente que regulan la actividad concurrencial. Precisamente se trata de facilitar la entrada en el mercado de los proveedores de este tipo de servicios y así se expresa en el mismo preámbulo de la Orden 711/2002.

Por lo que respecta a la infracción debemos señalar que los hechos no se refieren únicamente a los números de inteligencia de red, aunque deben reproducirse las consideraciones de la sentencia en este aspecto y, como ya se apreció, resultan aceptables las valoraciones establecidas por la sentencia de primera instancia al concluir en la existencia de omisiones y deficiencias en los datos facilitados, atendiendo a la relevancia que indudablemente tienen las Resoluciones de la CMT examinadas sobre las circunstancias concretas del caso, para alcanzar, junto al resto de elementos de prueba, una conclusión al respecto. Por último también hay que considerar que la regla de minimis no es aplicable en el ámbito de la Competencia Desleal, y que en las normas que regulan la actividad concurrencial debe aceptarse per se que la infracción procura una ventaja significativa.

DECIMOTERCERO. Se centra a continuación el recurso en la infracción del art. 82 TCE, partiendo de que no cabe que los jueces vuelvan a intervenir donde el regulador sectorial ha hecho una aplicación concreta de las normas respecto a un determinado aspecto o disputa, considerando que se trataría de una especie de aplicación del principio non bis in idem. Estas limitaciones no pueden ser admitidas. El artículo 6 del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado establece que los órganos judiciales nacionales son competentes para su aplicación, y el considerando séptimo señala que los órganos jurisdiccionales nacionales desempeñan un cometido esencial en la aplicación de las normas comunitarias de competencia; salvaguardan los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares, por ejemplo, mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a los afectados por la comisión de infracciones. Su función es complementaria de la que cumplen las autoridades de competencia de los Estados miembros, de forma que se les faculta para aplicar plenamente los arts. 81 y 82 del Tratado. Por otra parte no es función de la CMT establecer indemnizaciones, que además tienen carácter reparador y no sancionador, de manera que tampoco es aplicable el principio invocado por el recurrente. En relación a las pretensiones reparadoras el TJCE en su Sentencia de 20 de septiembre de 2001 (as. C-453/1999, "Courage") tiene declarado lo siguiente:

"23. En tercer lugar, debe recordarse que el Tribunal de Justicia ya ha declarado que los artículos 85, apartado 1, del Tratado y 86 del Tratado CE (LCEur 1986\8) (actualmente artículo 82 CE [RCL 1999\1205 ter y LCEur 1997\3695]) pueden producir efectos directos en las relaciones entre particulares y que dichos artículos crean derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar (véanse las sentencias de 30 de enero de 1974, BRT y SABAM, denominada «BRT 1», 127/73, Rec. pg. 51, apartado 16, y de 18 de marzo de 1997 [TJCE 1997\53], Guérin automobiles/Comisión, C-282/95 P, Rec. pg. I-1503, apartado 39).



24. De las consideraciones anteriores se desprende que cualquier particular puede invocar ante los tribunales la infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado (LCEur 1986\8 ), incluso cuando sea parte en un contrato que pueda restringir o falsear el juego de la competencia con arreglo a dicha disposición.

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. pg. 629, apartado 16, y de 19 de junio de 1990 [TJCE 1991\12], Factortame y otros, C-213/89, Rec. pg. I-2433, apartado 19).

26. La plena eficacia del artículo 85 del Tratado (LCEur 1986\8 ) 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."

Se alega en el recurso una serie de aspectos relacionados concretamente con el concepto de abuso. Hay previamente que reiterar los hechos que se mencionan en la sentencia de primera instancia, en cuanto la demandada ha facilitado datos defectuosos a los competidores que impiden el normal desarrollo del servicio, lo que en la práctica equivale a la negativa de acceso, y porque se han facilitado en peores condiciones que los facilitados a su propio servicio 11818.

El art. 82 del Tratado de la Comunidad Europea prohíbe el abuso de posición dominante, enunciando una serie de supuestos que quedarían incluidos en este supuesto. El abuso puede revestir no obstante una gran cantidad de formas, de manera que se hace preciso atender al caso concreto. Se trata de un concepto objetivo, por el que la empresa dominante, recurriendo a métodos diferentes de los que constituyen la competencia normal, amenaza el mantenimiento de la competencia existente en el mercado o el incremento de ésta. Así se sostuvo en la Sentencia del TJCE de 21 de febrero de 1973 (As. Continental Can) y se mantuvo en otras, como en la Sentencia de 13 de febrero de 1979 (As. Hoffmann-La Roche). Esta concepción excluye la necesidad de culpa en cualquiera de sus manifestaciones por parte de la empresa en posición de dominio, pero ello no significa que no deba tenerse en cuenta la especial responsabilidad que pueda requerirse a la empresa en posición de dominio ( Sentencias del TJCE de 13 de noviembre de 1975, As. General Motors, y de 9 de noviembre de 1983 , As. Michelin). Incumbe a la empresa que ostenta una posición dominante una particular responsabilidad cuando se parte de una situación de monopolio en un sector en proceso de liberalización. No se requiere por lo expuesto una relación de causa a efecto entre la posición dominante y el abuso.

Es un aspecto también a considerar el que una empresa en posición de dominio pueda aprovecharse de esa situación para producir efectos en otro mercado relacionado o conexo (STPI de 1 de abril de 1993 y STJCE de 6 de abril de 1995). Del mismo modo debe destacarse que tampoco es necesaria la producción del resultado para efectuar el reproche o, dicho de otro modo, que la no producción del resultado sea causa de exoneración de la conducta prohibida.

En el caso que nos ocupa debemos valorar especialmente que nos encontramos ante un proceso de liberalización, y que una incorrecta actuación por parte de la empresa que ha disfrutado una posición de monopolio podría invalidar los objetivos perseguidos por esa política liberalizadora. Debemos discrepar de la irrelevancia que pretende otorgarse a la conducta, y no solo por la especial responsabilidad que corresponde a la demandada, según se ha expuesto, sino también por la trascendencia que tiene para los competidores un recurso esencial para la prestación del servicio, especialmente en el marco del referido proceso de liberalización y por la presencia de la operadora en el mercado descendente. Los hechos en que se basa la calificación no están justificados, tanto en atención a lo señalado, como porque la justificación no puede ampararse en los propios criterios de la demandada, entre otras razones porque la justificación debe ser objetiva. En definitiva, la sentencia recurrida determina con precisión los hechos, atendiendo a la relevancia probatoria que otorga a las propias Resoluciones de la CMT, que examina convenientemente, valoración perfectamente razonada y razonable, y efectúa la calificación de forma correcta, pues concurren los requisitos para apreciar el abuso con arreglo a los caracteres de este concepto que se han destacado. Hay que señalar también que las Sentencias del TJCE de 26 de noviembre de 1998, As. Bronner, y de 29 de abril de 2004 , As. IMS, contemplan supuestos notablemente distintos al que nos ocupa, como es la negativa de la empresa dominante a formular una oferta que impide a otra la inclusión en un sistema de distribución, en el primer caso, o el abuso en la negativa a la concesión de una licencia, en el segundo. Nada tiene que ver el caso de autos con la necesidad de evaluar alternativas en el mercado, cuando lo que contemplamos aquí es un proceso liberalizador y el cumplimiento de las obligaciones impuestas al operador dominante.



El argumento del Tribunal de Luxemburgo es que resulta relativamente sencillo para una empresa crear un sistema de distribución de prensa, por lo que la red de la que ya dispone la empresa relevante, por muy eficaz y extensa que sea, no resulta imprescindible para que los nuevos entrantes puedan desarrollar su actividad. En este sentido la Sentencia relativa al asunto Oscar Bronner constituye un apoyo tácito a la doctrina de las instalaciones esenciales; el Tribunal Europeo rechaza que el sistema de distribución de periódicos sea una instalación esencial, pero con ello acepta implícitamente que tales instalaciones existen y constituyen la base de una posición de dominio.

La doctrina de las instalaciones esenciales tiene ya considerable raigambre en asuntos relacionados con supuestos abusos de posición dominante. El Tribunal Europeo y la Comisión han venido considerando, en estos casos, que la negativa por parte de la empresa dominante a que un nuevo entrante utilice ese tipo de instalaciones, o incluso la perturbación en su uso, constituye un abuso de dicha posición. Así, por ejemplo, la Comisión, en el caso *Aer Lingus/British Midland*, [1992] DOCE L 96/34 (LCEur 1992\1096), determinó que la negativa de la compañía irlandesa a firmar acuerdos de interlínea con British Midland para el tramo Londres-Dublín, en el que era dominante, constituía un abuso de posición de dominio. En la decisión al caso 5 CMLR 255, al caso B I contra Sealink Harbours, la Comisión determinó que Sealink ostentaba una posición de dominio en el puerto comunitario de Holyhead, que dicho puerto constituía una instalación esencial para B I y que la alteración de los horarios de Sealink, que perturbaba las operaciones de B I, constituía un abuso de posición de dominio.

Al margen de ello, en lo que nos ocupa, debe partirse de que la demandante ostenta el derecho de acceso a los datos completos y correctos, por lo que

no son los remedios a los que acuda para evitar los daños una causa exoneradora de la concreta responsabilidad que en este campo asume la empresa dominante, antes expuesta, que sirva para evitar la calificación de la conducta como abusiva.

DECIMOCUARTO. Como último extremo del motivo que se analiza alega el recurso la inexistencia de un actuar gravemente culposo o doloso como requisito necesario de la acción de resarcimiento de daños. Sin embargo, como ya se ha señalado, las conductas que se han considerado realizadas por parte de Telefónica entrañan una actuación cuando menos culposa, teniendo en cuenta que el dolo no se presume. Y lo entrañan desde el momento en que han obligado a un competidor a recabar la intervención de la CMT, incluso interesando la adopción de medidas cautelares, teniendo en cuenta que el parámetro conforme al cual debe apreciarse la diligencia es especialmente exigente en el contexto que nos ocupa. Efectivamente, la empresa dominante está sometida a una especial responsabilidad cuando ostentaba una situación de monopolio y se abre paso un proceso de liberalización.

Debe destacarse también que los actos de la demandada afectan directamente a la actora, sea cual sea el sistema a través del cual se facilitan los datos, en este caso mediante la entrega a la CMT una vez reconocido el derecho de acceso de CONDUIT. Igualmente intrascendente a estos efectos resulta el que la demandada tenga o no éxito en su actividad empresarial, lo cual en todo caso afectaría al alcance del daño, no a que la conducta de TESAU sea o no culposa. Como ya se indicó el elemento esencial en la cuota de mercado adquirida es la inversión publicitaria, dadas las características específicas de este tipo de servicios, pero esto es una cuestión ajena a lo que nos ocupa. Por cuanto se refiere a la justificación de su conducta, ésta queda desvirtuada por las propias resoluciones de la CMT, que analiza la sentencia recurrida, atendiendo a los hechos apreciados en el mismo momento en que tenía lugar el proceso liberalizador, de ahí también su relevancia. Por otra parte TESAU utilizaba como excusa sus propios criterios, basando por tanto la justificación de su conducta en elementos subjetivos, criterios que aplica a los competidores en un mercado en el que también interviene. Atendiendo al parámetro de diligencia expuesto la conducta es indudablemente culposa.

DECIMOQUINTO. El motivo tercero del recurso de la parte demandada se sustenta en la indebida apreciación de la prueba relativa a la determinación de los daños y error en su cuantificación.

Ciertamente, tal y como señala la parte demandante en su escrito de oposición, se vienen a introducir alegaciones no planteadas en la contestación a la demanda. En el recurso de apelación deben reputarse cuestiones nuevas las suscitadas con posterioridad a los períodos de alegaciones, dada su trascendencia, y es reiterada la doctrina del Tribunal Supremo en virtud de la cual, aunque tal recurso permite al tribunal de segundo grado examinar en su integridad el proceso, no constituye un nuevo juicio, ni autoriza a resolver problemas o cuestiones distintos de los planteados en primera instancia ( Sentencias del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1984, 19 de julio de 1989, 21 de abril de 1992 y 9 de junio de 1997 , entre otras).

La cuantificación que efectúa la sentencia de primera instancia en relación a los daños derivados de la utilización de fuentes de información alternativa resulta perfectamente razonada y es fruto de una correcta valoración. Así debemos recordar que las deficiencias también observadas en la Resolución de la CMT de 13



de noviembre de 2003 dieron lugar a una primera Resolución de 26 de junio de 2003, que con extensión se examinó en la sentencia, referida a la adopción de determinadas medidas cautelares. A través de las mismas se obligaba a TESAU a suministrar a CONDUIT en plazo de cinco días acceso on line, de forma gratuita, a la información actualizada y completa sobre abonados al servicio telefónico básico que estaba utilizando para la prestación de su servicio 11818. En el caso de no poder cumplir el plazo se obligaba a TESAU a suministrar, también de forma gratuita, el servicio de consulta asociado a la base de datos E.115 y para la consulta de datos de abonados no disponibles en esa base de datos se obligaba a TESAU a suministrar de forma gratuita acceso al servicio que presta a través del número 11818.

La actuación de la demandante CONDUIT no fue caprichosa o injustificada, pues ante el incumplimiento de la demandada tuvo que acudir a dicho servicio, lo que determinó un coste valorado pericialmente entre los meses de abril y septiembre de 2003 en 580.653,81 euros. La sentencia se remite al informe pericial aportado con la demanda como doc. nº 73. Por otra parte se acredita también la cantidad debidamente contabilizada que se imputa a la demandante, sin incluir el coste del acceso GDA a través de "Eircom". Hay que recordar también que aunque una empresa procure la solución de los daños a través de sus propios recursos (o los de sus matrices o filiales) este coste es evaluable e indemnizable, como establece, entre otras, la STS de 29 de enero de 2001. Efectivamente ello dio lugar a un volumen anormal en el uso del servicio en España y la compañía matriz irlandesa trasladó la parte correspondiente del coste a las cuentas de la demandante. En consecuencia de lo expuesto, lo que se evalúa es el coste generado por una prestación que debía haber sido facilitada gratuitamente por TESAU.

Parecidas consideraciones respecto a la introducción en la apelación de nuevas alegaciones deben realizarse en relación a los costes de depuración de datos. Debemos por lo tanto determinar únicamente si la apreciación de la sentencia en este aspecto se encuentra debidamente fundamentada, y podemos comprobar que la estimación se basa en la prueba pericial aportada. La sentencia establece, de un lado, lo que representa el coste habitual que en esta materia debe asumirse en todo caso, y reputa el exceso al coste generado por el incumplimiento. El recurso se limita además a sustituir la valoración judicial por la propia.

Por cuanto se refiere a los gastos de defensa de los derechos de la demandante debemos destacar que en absoluto estos gastos tienen el carácter de costas procesales, por lo que, como justifica la sentencia, deben ser indemnizados. El recurso igualmente sustituye la valoración judicial por la propia. La sentencia acertadamente limita en este caso la indemnización a la intervención directamente relacionada con los expedientes tramitados en relación a los actos que se consideran ilícitos. La valoración en consecuencia resulta correcta y razonada.

Visto lo expuesto el recurso interpuesto por la parte demandada debe ser desestimado.

DECIMOSEXTO. Las costas derivadas de los respectivos recursos deben ser impuestas a los recurrentes, por aplicación de lo dispuesto en el art. 398 LEC.

## FALLAMOS

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por CONDUIT EUROPE, S.A. contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid en el proceso del que dimanar las actuaciones y cuya parte dispositiva se transcribe en los antecedentes de la presente resolución, con imposición a la parte recurrente de las costas causadas.

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto contra dicha Sentencia por TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. con imposición a la parte recurrente de las costas derivadas del mismo.

Remítanse los autos originales al Juzgado de lo Mercantil, con testimonio de esta Sentencia, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario certifico.